


# حقوق مدنی
# اشخاص و محجورین

(ویراست ۴)

دکتر سیدحسین صفائی
دکتر سیدمرتضی قاسم‌زاده

## سخن «سمت»

یکی از اهداف مهم انقلاب فرهنگی، ایجاد دگرگونی اساسی در دروس علوم‌انسانی دانشگاهها بوده است و این امر، مستلزم بازنگری منابع درسی موجود و تدوین منابع مبنایی و علمی معتبر و مستند با درنظر گرفتن دیدگاه اسلامی در مبانی و مسائل این علوم است.

ستاد انقلاب فرهنگی در این زمینه گامهایی برداشته بود. اما اهمیت موضوع اقتضا می‌کرد که سازمانی مخصوص این کار تأسیس شود و شورای عالی انقلاب فرهنگی در تاریخ ۶۳/۱۲/۷ تأسیس «سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها» را که به اختصار «سمت» نامیده می‌شود، تصویب کرد.

بنابراین، هدف سازمان این است که با استمداد از عنایت خداوند و همّت و همکاری دانشمندان و استادان متعهد و دلسوز، به مطالعات و تحقیقات لازم بپردازد و در هر کدام از رشته‌های علوم انسانی به تألیف و ترجمهٔ منابع درسی اصلی، فرعی و جنبی اقدام کند.

دشواری چنین کاری بر دانشمندان و صاحب‌نظران پوشیده نیست و به همین جهت مرحلهٔ کمال مطلوب آن، باید به‌تدریج و پس از انتقادها و یادآوریهای پیاپی ارباب نظر به دست آید و انتظار دارد که این بزرگواران از این همکاری دریغ نورزند.

کتاب حاضر برای دانشجویان رشتهٔ حقوق در مقطع کارشناسی به عنوان منبع اصلی درس «حقوق مدنی» تدوین شده است. امید می‌رود که علاوه بر جامعه دانشگاهی، علاقه‌مندان به تعلیم و تربیت نیز از آن بهره‌مند شوند.

از استادان و صاحب‌نظران ارجمند تقاضا می‌شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، این سازمان را در جهت اصلاح کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار مورد نیاز جامعهٔ دانشگاهی جمهوری اسلامی ایران یاری دهند.

# فهرست مطالب

| عنوان | صفحه |
| --- | --- |

# نشانه‌های اختصاری

| | |
|---|---|
| بی‌تا | بدون تاریخ |
| بی‌نا | بدون ناشر |
| ج | جلد |
| چ | چاپ |
| ش | شماره |
| ص | صفحه |
| ر.ک: | رجوع کنید به |
| ق. ا. | قانون اساسی |
| ق. آ. د.ک. | قانون آیین دادرسی کیفری |
| ق. آ. د. م. | قانون آیین دادرسی مدنی |
| ق. ا. ح. | قانون امور حسبی |
| ق. ت. | قانون تجارت |
| ق. ث. ا. | قانون ثبت احوال |
| ق. م. | قانون مدنی |
| ق. م. ا. | قانون مجازات اسلامی |
| ق. م. م. | قانون مسئولیّت مدنی |
| م | میلادی |
| هـ. ش | هجری شمسی |
| هـ. ق | هجری قمری |

# پیشگفتار

مبحث «اشخاص و محجورین» از مباحث مهم و بنیادین حقوق مدنی است که در دانشکده‌های حقوق تدریس می‌شود. در بخش اشخاص مفهوم شخص طبیعی و شخص حقوقی، حقوق مربوط به شخصیت، آغاز و پایان وجود، ویژگیها و وضع حقوقی اشخاص بررسی شده است و در بخش محجورین از مفهوم حجر و اهلیت، انواع محجورین (صغیر، غیر رشید و مجنون) و حدود حجر آنان و برخی از نهادهای حمایت از محجورین، به‌ویژه قیمومت و احکام آن، سخن به میان آمده است.

هسته اصلی بخش اول کتاب جزوه‌ای است که در سالهای قبل از پیروزی انقلاب برای تدریس در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران فراهم آمده بود. این جزوه پس از تجدید نظر در سال تحصیلی ۱۳۵۸ـ۱۳۵۹ به وسیله انتشارات دانشکده مذکور با نام دکتر سید حسین صفائی تکثیر و در اختیار دانشجویان گذارده شد و از آنجا که مطالبی تازه، با شیوه‌ای نوین، در آن آمده بود، مورد عنایت دانشجویان و استادان حقوق واقع گردید و بارها در دانشکده‌های حقوق تکثیر شده، در دسترس دانشجویان قرار گرفت؛ ولی کتاب جامع و بهنگام و مناسب و منطبق با برنامه در این زمینه به چاپ نرسیده بود و جای آن خالی می‌نمود.

سرقت علمی و ادبی، اقتباس ناقص، تقلید غیرمجاز از جزوه‌های درسی پیشین (ازجمله جزوه درسی یاد شده) و بهره‌برداری نامشروع از کارعلمی دیگران ـ که متأسفانه در عصر ما رواج یافته است و سزاوار جامعه حقوقدانان و به‌ویژه استادان و مدرسان حقوق نیست ـ و نبودن کتاب درسی مناسب در زمینه «اشخاص و محجورین» ما را بر آن داشت که کار قبلی را تکمیل و به چاپ آن اقدام کنیم.

شکر خدای را که همکاری ثمربخش و کار علمی مستمر و مشترک ما به

تکمیل و به روز در آوردن مطالب قبلی و نگارش بخش محجورین ـ بر اساس برنامه مصوب و با توجه به تحولات حقوق ایران بعد از پیروزی انقلاب ـ انجامید.

در نگارش این کتاب سعی ما بر آن بوده است که تا حد امکان مطالب علمی را به زبان ساده و قابل فهم برای دانشجویان بیان کنیم و در عین حال، مباحث نظری و استدلالی را که در ایجاد شم حقوقی و قوه استنباط مؤثر است و نیز مسائل عملی را از نظر دور نداشته‌ایم؛ از این رو کتاب می‌تواند علاوه بر دانشجویان حقوق، دیگر دست‌اندرکاران مسائل حقوقی را نیز سودمند باشد. برای مطالعه بیشتر و تحقیق در پاره‌ای مسائل، به منابع و مآخذ متعدد در پاورقیهای کتاب ارجاع و در پایان کتاب نیز فهرستهای متعددی که کار مطالعه و تحقیق و بهره‌گیری از کتاب را آسان می‌کند افزوده شده است.

درس «اشخاص و محجورین» (حقوق مدنی یک) با توجه به حجم و اهمیت مطالب آن در گذشته در ۲ واحد و گاهی ۳ ساعت تدریس می‌شد؛ بدین جهت مناسب به نظر رسید که کتابی در حدود ۳۰۰ صفحه برای تدریس فراهم آید، لیکن متأسفانه در اصلاح اخیر برنامه دانشکده‌های حقوق که انگیزه اصلی آن کم کردن مدت تحصیلات دانشگاهی و تقلیل واحدهای درسی به ۱۳۵ واحد بود درس حقوق مدنی یک به ۱ واحد (دو ساعت در هفته) تقلیل یافت که به هیچ رو درخور حجم و اهمیت مطالب این درس نیست. از آنجا که تدریس همه مطالب کتاب در دو ساعت درسی دشوار است، پیشنهاد شد که برخی از مطالب با حروف ریزتر چاپ شود، تا استادان گرامی این درس بتوانند به تدریس قسمتهای مهم‌تر بپردازند و مطالعه مطالبی را که از اهمیت کمتری برخوردار است و با حروف ریزتر مشخص شده است به خود دانشجویان واگذار کنند.

در پایان از مسئولان سازمان «سمت» که نهایت کوشش خود را برای چاپ کتاب به کار برده‌اند صمیمانه سپاسگزاریم.

این کتاب با توجه به تغییر قوانین، چند بار تجدیدنظر و اصلاح شده است. در این چاپ نیز به طور کلی، تجدیدنظر جامع مدّنظر مؤلفان بوده است.

**سید حسین صفائی ـ سید مرتضی قاسم‌زاده**

# مقدمه

### ۱. تقسیم مطالب

یکی از مباحث مهم حقوق مدنی مبحث اشخاص و حمایت از محجورین است که تدریس آن در سال اول دانشکده حقوق و علوم سیاسی پیش‌بینی شده است. هدف حقوق در واقع تنظیم زندگی اشخاص است و از این رو می‌توان اشخاص را موضوع علم حقوق تلقی کرد. پس بجاست که بحث از اشخاص، نخستین مبحث حقوق مدنی باشد. چون گروهی از اشخاص به حکم قانون محجور شناخته شده‌اند، یعنی نمی‌توانند بدون دخالت دیگری امور خود را اداره کنند و اعمال حقوقی انجام دهند، حمایت از آنها مورد توجه قانون‌گذار واقع و مقرراتی بدین‌منظور وضع شده است که در این کتاب مورد بررسی قرار خواهد گرفت. بدین‌سان درس اشخاص و حمایت از محجورین شامل دو بخش «اشخاص» و «محجورین» خواهد بود. در بخش اشخاص پس از تعریف پاره‌ای اصطلاحات، نخست از شخص طبیعی (فصل اول) و سپس از شخص حقوقی (فصل دوم) سخن خواهیم گفت.

در بخش محجورین مفهوم حجر (فصل اول)، انواع محجورین (فصل دوم) و سپس نهادهای حمایت از محجورین (فصل سوم) را مورد بررسی و مطالعه قرار خواهیم داد. در این کتاب سعی بر این است که مطالب با عباراتی ساده و به شیوه‌ای که برای دانشجویان سال اول دانشکده حقوق مناسب و قابل درک باشد آورده شود. پس اگر از بحث تفصیلی و عمیق در پاره‌ای مسائل خودداری می‌کنیم، صاحب‌نظران و استادان حقوق ما را معذور خواهند داشت. البته برخی از مسائل و مطالبی که در این کتاب مطرح می‌شود نه‌تنها برای دانشجویان حقوق بلکه برای دیگر حقوقدانان نیز می‌تواند سودمند باشد.

## بخش اول

# اشخاص

فصل اول: شخص طبیعی
فصل دوم: شخص حقوقی

**۲. کلیات**

از لحاظ حقوقی، فقط شخص می‌تواند صاحب حق و تکلیف و به تعبیر دیگر طرف حق باشد و شخص یا طبیعی است، یا حقوقی.

شخص طبیعی که شخص حقیقی نیز نامیده شده است، عبارت از فرد انسانی است. انسان در دوران وجود بردگی گاهی موضوع حق و در ردیف اشیاء بود، نه طرف حق؛ ولی با لغو بردگی دیگر انسان موضوع حق واقع نمی‌شود، بلکه همیشه طرف حق است و می‌تواند از حمایت قانون‌گذار و تصمیمات حمایتی قانونی که برای حفظ و احقاق حقوق افراد اتخاذ شده است برخوردار گردد.

در حقیقت، تنها شخص طبیعی یعنی انسان صاحب حق و تکلیف است و مقررات اجتماعی برای تنظیم روابط افراد بشر و حمایت از حقوق ایشان به وجود آمده است، لیکن افراد به‌تنهایی زندگی نمی‌کنند و به همکاری و اشتراک مساعی احتیاج دارند.

افراد گاهی برای وصول به مقاصد انتفاعی یا غیرانتفاعی خود گروههایی تشکیل می‌دهند و سرمایه و فعالیت خود را در این گروهها متمرکز می‌کنند. قانون برای این گروهها که بر طبق شرایط مقرر تشکیل شده باشند شخصیت مستقلی قائل است. این گروهها که مانند افراد انسان می‌توانند نام و اقامتگاه و دارایی داشته باشند و طرف حق واقع گردند اشخاص حقوقی نامیده می‌شوند. به‌علاوه پاره‌ای اموال نیز که به هدف خاصی اختصاص داده شده‌اند، مانند موقوفه، دارای شخصیت حقوقی هستند؛ بنابراین می‌توان گفت شخص حقوقی عبارت است از دسته‌ای از افراد که دارای منافع مشترک بوده یا پاره‌ای از اموال که به هدف خاصی اختصاص داده شده‌اند و قانون آنها را طرف حق می‌شناسد و برای آنها شخصیت مستقلی قائل است؛ مانند دولت، شهرداری، دانشگاه تهران، شرکتهای

تجارتی، انجمنها و موقوفات.[1]

پس در این بخش، نخست شخص طبیعی (فصل اول) و سپس شخص حقوقی (فصل دوم) مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱. برای تعریف و مفهومِ دقیق شخص حقوقی ر.ک.: ش ۱۵۱.

## فصل اول

# شخص طبیعی

### ۳. تقسیم مباحث

در این فصل، نخست پاره‌ای اصطلاحات و مفاهیم و کلیات مربوط به شخص طبیعی را مورد بحث قرار می‌دهیم و سپس از حقوق مربوط به شخصیت که وابسته به شخص انسان است (مبحث اول) و بالاخره از وجود و ممیزات اشخاص (مبحث دوم) که مشتمل بر مسائل مربوط به آغاز و پایان وجود شخص طبیعی و غایب مفقودالاثر و ممیزات شخص طبیعی است سخن خواهیم گفت.

### ۴. مفهوم شخص و شخصیت[1]

شخص و شخصیت همه جا به یک معنی به کار نمی‌رود و در رشته‌های مختلف علمی دارای معانی متفاوت است. در اصطلاح حقوقی، شخص موجودی است که دارای حق و تکلیف است. شخص دارای زندگی حقوقی است و می‌تواند در این زمینه با اعمال حقوقی و انجام‌دادن تکالیف خود نقشی ایفا کند؛ بنابراین شخصیت

---

1. Cf.: Mazeaud, H. L. J.; *Leçons de droit civil;* t. I, n.624 et s., p. 646 et s.
 - Weill, A.; *Droit civil;* t. I, n. 431 et s.
 - Ripert, G. et J. Boulanger; *Traité de droit civil;* t. I, n. 398 et s.
 - Carbinnier, J.; *Droit civil;* t. I, n. 48.
 - Marty, G. et P. Raynaud; *Droit civil;* t. I, n. 335 et s.

از نظر حقوقی عبارت است از وصف و شایستگی شخص برای اینکه طرف و صاحب حق و تکلیف باشد. قانون‌گذار تعیین می‌کند که چه موجوداتی صاحب حق و تکلیف و دارای شخصیت هستند.

باید یادآور شد که در حقوق امروز، برخلاف بعضی از قوانین قدیم که حیوانات را هم دارای پاره‌ای حقوق و تکالیف معرفی می‌کردند، فقط انسان (شخص طبیعی) و شخص حقوقی طرف حق و تکلیف محسوب می‌شوند نه حیوان. در جوامع امروز هر انسانی دارای شخصیت است، ولی در گذشته که بردگی وجود داشت انسانهایی که برده بودند، از نظر حقوقی فاقد شخصیت یا دارای شخصیت ناقص به شمار می‌آمدند.

**۵. وضعیت**

وضعیت اصطلاحی است که در حقوق مدنی جدید در مبحث اشخاص به کار می‌رود و از لحاظ ادبی هم قابل ایراد است و بهتر بود به جای آن کلمه «وضع» به کار می‌رفت، ولی چون وضعیت در حقوق مدنی مصطلح است ما هم آن را به کار می‌بریم. وضعیت، به معنی عام، وضع حقوقی شخص و موقع او نسبت به حقوق و تعهداتی است که می‌تواند در جامعه داشته باشد.

در حقوق رم وضعیت اشخاص در سه بخش مورد بحث واقع می‌شد:

۱. وضعیت شخص از نظر آزاد یا آزاد شده یا برده بودن[1] فرق می‌کرد، یعنی حقوق و تکالیف او متفاوت بود.

۲. وضعیت سیاسی شخص،[2] یعنی وضع شخص از نظر اینکه شهروند رومی و از نژاد لاتینی یا از رعایای روم محسوب می‌شد فرق می‌کرد. البته شهروند رومی از حقوق و امتیازات بیشتری برخوردار بود.

۳. وضعیت خانوادگی شخص،[3] یعنی وضع حقوقی شخص در خانواده،

1. status liberatis 2. status civitatis 3. status familiae

برحسب اینکه پدر و سرپرست خانواده، یا فرزند تحت ولایت یا غیر اینها بود، تفاوت می‌کرد.

علاوه بر این سه گونه وضعیت، در گذشته، وضعیت افراد از نظر طبقه اجتماعی آنها نیز مورد بحث بود، یعنی وضع حقوقی آنها برحسب اینکه از کدام طبقه اجتماعی بودند تفاوت می‌کرد.

قابل ذکر است که در حقوق اسلام نیز وضع حقوقی شخص آزاد و برده[1] (عبد و امه) به طور جداگانه بررسی می‌شد و نیز وضع حقوقی شخص مسلمان و کافر (کافر حربی و کافر ذمّی) به‌طور مبسوط مورد بحث قرار گرفته است.[2] وضعیت خانوادگی شخص هم از مباحث مهم حقوق اسلام است.

امروزه وضعیت شخص از نظر آزاد یا آزاد شده یا برده بودن مطرح نیست؛ زیرا تمام مردم حداقل از نظر حقوقی آزادند، ولی وضعیت سیاسی اشخاص در حقوق کنونی مورد بحث و بررسی است. وضع حقوقی شخص، برحسب اینکه از اتباع کشور یا بیگانه باشد، یکسان نیست و حقوقی هست که بیگانگان از آنها محروم‌اند. تابعیت و وضع بیگانگان مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی است و حقوق سیاسی اشخاص در حقوق عمومی، به‌ویژه حقوق اساسی مورد مطالعه قرار می‌گیرد و خارج از قلمرو حقوق مدنی است، ولی وضعیت خانوادگی شخص و به دیگر سخن حقوق و تکالیف او در خانواده در حقوق مدنی جدید مورد بحث است و کلمه وضعیت در حقوق مدنی بیشتر بدین معنی به کار می‌رود.

به علاوه امروزه اصولاً همه طبقات، حقوقی برابر دارند و شغل و حرفه اشخاص برای تعیین حقوق فردی و شخصی آنان ـ مانند دوران قدیم (دوران

---

۱. در مورد وضع حقوقی برده در حقوق اسلامی رجوع کنید به: شهید ثانی، زین‌الدین علی‌بن‌احمد؛ *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (*شرح لمعه*)؛ ج ۱، کتاب المتاجر، ص ۳۳۲ به بعد و ج ۲، کتاب النکاح، ص ۷۸ به بعد.

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: عمید زنجانی، عباسعلی؛ حقوق *اقلیتها*؛ ص ۱۳۳ به بعد و ۲۰۴ به بعد.

تفکیک طبقات اجتماعی) ـ در نظر گرفته نمی‌شود. با وجود این قانون‌گذار برای پاره‌ای از گروهها، مانند بازرگانان و کارگران، حقوق و تکالیف خاصی مقرر داشته و به عبارت دیگر وضعیت اجتماعی ویژه‌ای در نظر گرفته است که می‌توان آن را وضعیت حرفه‌ای نامید که بررسی آن مربوط به حقوق تجارت و حقوق کار است.

برای روشن شدن این بحث بجاست معانی مختلف وضعیت را بدان‌گونه که در «فرهنگ اصطلاحات حقوقی» کاپیتان ـ که از مهم‌ترین فرهنگهای حقوقی به زبان فرانسه می‌باشد ـ آمده است ذکر کنیم:

«۱. مجموعه اوصافی که جزء شخصیت هستند و قانون مدنی آنها را مورد توجه قرار داده، آثاری بر آنها بار می‌کند، مانند تابعیت[1]، ازدواج، رابطه پدر ـ فرزندی و مادر ـ فرزندی، قرابت نسبی، قرابت سببی، نام، اقامتگاه و اهلیت.

۲. به یک معنی محدودتر وضعیت از اهلیت تفکیک می‌شود؛ بدین معنی وضعیت مجموعه اوصافی است که جزء شخصیت است به استثنای وصفی که به موجب آن شخص می‌تواند یا نمی‌تواند حقوق خود را شخصاً اعمال کند (اهلیت و حجر).

۳. وضع اجتماعی فرد».

از آنچه گفتیم می‌توان نتیجه گرفت که وضعیت در حقوق مدنی یا وضعیت مدنی عبارت است از وضع حقوقی اشخاص در روابط حقوق خصوصی و به‌ویژه روابط خانوادگی و به دیگر سخن اوصافی که در این گونه روابط منشأ آثار حقوقی تلقی شده است.[2]

البته اوصافی وضعیت شخص را تشکیل می‌دهد که جزء شخصیت انسان بوده و جنبه مالی و اقتصادی نداشته باشد. اوصاف و امتیازات مالی شخص خارج از وضعیت است.

---

۱. تابعیت امروزه جزء وضعیت مدنی شخص نیست و از این رو در رشته‌ای از حقوق به نام حقوق بین‌الملل خصوصی مورد بحث واقع می‌شود، گرچه مقررات آن در برخی از کشورها، از جمله ایران و فرانسه، در قانون مدنی آمده است.

2. ***Lexique de termes juridiques***; Dalloz, Paris: 1972, Etat civil.

### ۶. رابطهٔ وضعیت و اهلیت

اهلیت در لغت به شایستگی و توانایی انسان گفته می‌شود؛ برای مثال می‌گویند فلانی اهل این کار است، یعنی شایستگی و توانایی انجام دادن آن را دارد.[۱]

در اصطلاح حقوقی اهلیت به معنی عام، توانایی و شایستگی شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف و به معنی خاص، توانایی و شایستگی شخص برای اجرای حق و تکلیف است که در حد کمال با داشتن عقل و بلوغ و رشد فراهم می‌آید.[۲] اهلیت و عدم اهلیت اشخاص تابع و نتیجهٔ وضعیت آنان است؛ بنابراین اهلیّت شخص، برحسب اینکه خودی (تابع کشور) یا بیگانه، صغیر یا کبیر، دیوانه یا عاقل، فرزند مشروع یا نامشروع، زن یا شوهر باشد، تعیین می‌گردد. گاهی وضعیت به معنایی اعم از اهلیت به کار می‌رود، چنان‌که کاپیتان در نخستین معنایی که برای وضعیت ذکر کرده آن را شامل اهلیت نیز دانسته است.

### ۷. احوال شخصیه

اصطلاح احوال شخصیه اصطلاحی جدید است که در حقوق مدنی و حقوق بین‌الملل خصوصی امروز به کار می‌رود و در متون فقهی سابقه نداشته است. احوال شخصیه از وضعیت (مدنی) و اهلیت تشکیل می‌شود و اعم از آنهاست؛ به عبارت دیگر احوال شخصیه اوصافی است که مربوط به شخص است صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع، و قابل تقویم و مبادله با پول نبوده، از لحاظ حقوق مدنی آثاری بر آن مترتب است، مانند ازدواج، طلاق و نسب.

اصطلاح احوال شخصیه در مقابل احوال عینیه، یعنی اوصافی که با مسائل مالی مرتبط است، به کار رفته است.[۳]

با وجود این، در بعضی از کشورها برخی از احوال عینی مانند وقف، هبه،

---

۱. الشرتونی اللبنانی، سعیدبن عبدالله خوری؛ *اقرب الموارد*؛ ذیل ماده «اهل».

۲. برای مطالعهٔ بیشتر دربارهٔ اهلیت ر.ک.: ش ۱۷۶ به بعد.

۳. شلبی،محمدمصطفی؛ *احکام‌الاسرة فی الاسلام*؛ ص ۱۲؛ الصده، عبدالمنعم فرج، اصول‌القانون، ص ۱۲۷.

صدقه و انواع نفقه به علت مبتنی بودن بر احسان و ارتباط آنها با شخصیت افراد در حکم احوال شخصیه قرار گرفته‌اند.[۱]

بعضی از حقوقدانان اصطلاح احوال شخصیه را شامل ارث و وصیت نیز دانسته‌اند.[۲] چنان‌که در پاره‌ای از قوانین مصر نیز این اصطلاح به معنی عام به کار رفته که شامل ارث و وصیت نیز می‌گردد. قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳، قانون احوال شخصیه مراکش مصوب ۱۹۵۸ـ۱۹۵۷، قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶ و قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹ شامل قواعدی دربارهٔ ارث و وصیت است، لیکن دیوان تمیز مصر در تعریف احوال شخصیه بیان داشته است که احوال شخصیه مجموعه صفات طبیعی یا خانوادگی است که موجب تمایز انسان از دیگران و منشأ اثر حقوقی در زندگی اجتماعی است؛ اما امور مالی مانند وقف، هبه، وصیت تملیکی و نفقه از احوال عینیه (مالی) به شمار می‌آید، نه احوال شخصیه، هر چند که قانون‌گذار مصری این امور را با توجه به جنبه مذهبی آنها از صلاحیت دادگاههای مدنی خارج کرده و مانند احوال شخصیه در صلاحیت دادگاههای شرع قرار داده است.[۳]

در قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه، مصوب ۱۳۱۲ پس از اصطلاح احوال شخصیه، حقوق ارثیه و وصیت به کار رفته و به نظر می‌رسد که قانون‌گذار حقوق ارثیه و وصیت را از مفهوم احوال شخصیه تفکیک کرده، هرچند که ایرانیان غیرشیعه را در همه این مسائل تابع مقررات مذهبی آنان قرار داده است.

در ماده ۷ ق.م. هم حقوق ارثیه جدا از احوال شخصیه ذکر شده است و به ظاهر آنها دو مفهوم جداگانه به شمار آمده‌اند، هرچند که بیگانگان در هر دو زمینه

---

۱. *همان‌جا*.

۲. برخی از مؤلفان احوال شخصیه را شامل این مسائل دانسته‌اند: ۱) مسائل مربوط به وضعیت، اهلیت و ولایت بر مال؛ ۲) مسائل مربوط به خانواده؛ ۳) مسائل مربوط به وصیت و ارث (ر.ک.: *احکام الاسرة فی الاسلام*؛ ص ۱۲ و ۱۳).

۳. توفیق، حسن فرج، *احکام الاحوال الشخصیة لغیر المسلمین من المصریین*؛ ش ۹ و ۱۰، ص ۳۶ به بعد.

تابع قانون دولت متبوع خود قرار داده شده‌اند.

در اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران[۱] نیز اصطلاح احوال شخصیّه به کار رفته و به‌ویژه در اصل دوازدهم توضیحی درباره آن دیده می‌شود. به موجب این اصل، «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب، جعفری اثناعشری است و این اصل الی‌الابد غیر قابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب درانجام مراسم مذهبی طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاهها رسمیت دارند و در هر منطقه که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب»؛ بنابراین احوال شخصیه از نظر قانون اساسی شامل ازدواج، طلاق، ارث و وصیّت است و در اینجا دو اشکال به نظر می‌رسد:

۱. معنی دقیق احوال شخصیّه، چنان‌که گفته شد، ارث و وصیت را دربر نمی‌گیرد و استعمال آن به معنی اعم قابل ایراد است. البته این یک ایراد لفظی و قابل اغماض است.

۲. احوال شخصیّه با شرحی که در اصل دوازدهم درباره آن دیده می‌شود شامل فسخ نکاح و فرزندخواندگی نخواهد شد، در حالی که فسخ نکاح که نهادی جدا از طلاق است و نیز فرزندخواندگی از احوال شخصیه محسوب می‌شود؛ فسخ نکاح در مورد مسلمانان غیرشیعه و فرزندخواندگی در مورد اقلیتهای غیرمسلمان ممکن است مطرح شود و باید تابع مقررات مذهبی آنان باشد؛ چنان‌که در مورد

---

۱. اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی بر پاره‌ای از قواعد و ضوابط فقهی مانند قاعده الزام و اصل آزادی پیروان ادیان و مذاهب رسمی در تبعیت از مقررات دینی و مذهبی خود در احوال شخصیه مبتنی است.

در مورد قاعدهٔ الزام رجوع شود به: نجفی، شیخ محمدحسن؛ *جواهرالکلام فی‌شرح شرائع الاسلام*؛ ج ۳۹، ص ۳۲۱ و بجنوردی، میرزا حسن؛ *القواعد الفقهیة*؛ ج۳، ص ۱۵۴ به بعد و خمینی، روح‌الله (امام)؛ *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۲۸۵، مسئله ۲.

فرزندخواندگی، قانونِ رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه به صراحت آن را مقرر داشته است. پس بهتر بود که این نکته در قانون اساسی نیز روشن می‌شد، یا لااقل احوال شخصیه که یک اصطلاح شناخته شده است بدون توضیح به کار می‌رفت و تعریف آن به عهده علمای حقوق گذاشته می‌شد. برای برطرف نمودن اشکال عبارت اصل دوازدهم قانون اساسی، می‌توان گفت آنچه در توضیح احوال شخصیه گفته شده حصری نیست بلکه تمثیلی است و این اصطلاح مسائلی از قبیل فسخ نکاح و فرزندخواندگی را هم شامل می‌شود.

اهلیت و حجر، چنان‌که در پیش گفتیم، جزء احوال شخصیه است و در مورد بیگانگان قانون دولت متبوع آنان، بر این موضوع حاکم خواهد بود، ولی در مورد مسلمانان غیرشیعه و اقلیتهای دینی اهلیت و حجر در قانون اساسی و در قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه، جزء احوال شخصیه به شمار نیامده است و ظاهراً قانون‌گذار از نظر استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی خواسته است اهلیت و حجر همه ایرانیان، تابع قواعد عمومی مندرج در قانون مدنی باشد.[1]

### ۸. دارایی و رابطهٔ آن با شخصیت[2]

برای روشن شدن بحث، ابتدا به اختصار از مفهوم دارایی سخن می‌گوییم، آنگاه رابطه آن را با شخصیت مورد بررسی قرار می‌دهیم:

---

۱. در نظریهٔ شمارهٔ ۷/۴۵۰۱ مورخ ۶۱/۸/۲ ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه در مسائل احوال شخصیه چنین آمده است: «... حقوق مربوط به احوال شخصیه مشتمل بر مسائل ذیل است: ازدواج، طلاق، افتراق، جهیزیه، ابوّت، نسب، قبول به فرزندی، اهلیت حقوقی، بلوغ، ولایت و قیمومت، حجر، حق وراثت به موجب وصیت‌نامه یا بدون وصیت‌نامه تصفیه و تقسیم ماترک و یا اموال و به طور عموم کلیهٔ مسائل مربوط به حقوق خانوادگی و کلیهٔ امور مربوط به احوال شخصیه...» (شهری، غلامرضا و سروش ستودهٔ جهرمی؛ *نظریات مشورتی ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه در زمینهٔ مسائل حقوقی*؛ ص ۴۰۸ و ۴۷۹).

2. Cf.: ***Leçons de droit civil;*** t. I, n. 283 et s. Martey et Raynaud; ***Droit civil***; t. I, n. 283 et s. Colin, A. et Capitant, H.; *Cours élèmentaire de Droit civil*; Paris: 1953, t. I, n. 61 et s.

**الف) مفهوم دارایی.** در عرف و اصطلاح متداول در بین مردم، دارایی به کلیه اموال و حقوق مالی شخص، اعم از عینی و دینی اطلاق می‌گردد. این مفهوم در حقوق موضوعه فایده عملی داشته، آثار مهمی بر آن مترتب است؛ مثلاً توقف و ورشکستگی تاجر با مقایسهٔ دارایی او و بدهیهایش معین می‌شود (ماده ۴۱۲ ق. ت.) و دارایی شخص بدهکار به وسیله دایرهٔ اجرای ثبت، یا اجرای دادگاه توقیف می‌شود یا به فروش می‌رسد؛ اما حقوقدانان دارایی را در مفهومی وسیع‌تر از آنچه گفتیم استعمال می‌کنند. دارایی در مفهوم عام خود عبارت است از مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص.

به عبارت دقیق‌تر دارایی ظرفیت دارا شدن حقوق و تکالیف مالی و اموال و دیون از اجزاء تشکیل‌دهنده آن است. اجزاء دارایی اغلب در حال تغییر، افزایش یا کاهش است و حتی ممکن است شخص چیزی جز بدهی نداشته باشد، ولی چنین شخصی نیز دارایی دارد. پس بدین معنی هیچ کس بدون دارایی نیست و افراد فقیر و مستمند نیز دارایی دارند. برای دارایی سه ویژگی مهم ذکر کرده‌اند:

۱. دارایی مفهومی است کلی و به ظرفیت داشتن حقوق و تکالیف مالی اطلاق می‌گردد و نباید آن را با اجزاء تشکیل‌دهنده‌اش اشتباه گرفت؛

۲. فقط حقوق و تکالیف مالی از اجزاء دارایی به شمار می‌آیند، نه حقوق و تکالیف غیر مالی؛

۳. دارایی از مختصات و ویژگیهای شخص به شمار می‌آید.

**ب) رابطه شخصیت و دارایی.** شخصیت، مطابق با نظریه کلاسیک (قدیمی) فرانسه، جدا از دارایی نیست. طبق نظریه اوبری و رو[1] (از علمای حقوق قرن نوزدهم فرانسه) دارایی با شخصیت پیوند نزدیک دارد؛ دارایی مظهر شخصیت و اقتدار حقوقی شخص است و به تعبیر بهتر همان شخصیت آدمی در ارتباط با اشیاء خارجی است که انسان می‌تواند حقوقی را نسبت به آنها اعمال کند. این نظریه

1. Aubry et Rau

دارای نتایجی به این شرح است:

۱. فقط اشخاص طبیعی یا حقوقی می‌توانند دارایی داشته باشند و دارایی بدون شخص متصور نیست و بر عکس هر شخص دارای یک دارایی است، حتی اگر جزء مثبت دارایی (اموال) او ناچیز باشد و تقریباً چیزی جز بدهی نداشته باشد یا نوزادی بدون حق و تکلیف باشد.

در واقع دارایی بیشتر توانایی و شایستگی دارا شدن حقوق و تکالیف مالی است تا مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف و به دیگر سخن دارایی ظرفی است که ممکن است محتوایی نداشته یا محتوای آن فقط بدهی باشد.

۲. یک شخص فقط دارای یک دارایی است. این اصل وحدت و تجزیه‌ناپذیری دارایی است. دارایی، مانند شخصیت، واحد و تجزیه‌ناپذیر است و از آن نتیجه می‌گیرند که مجموع اموال و حقوق مالی شخص اصولاً جوابگوی مجموع بدهیهای اوست و به تعبیر دیگر، می‌گویند بستانکاران عادی حق وثیقه کلی نسبت به اموال بدهکار دارند. بدین دلیل شخص نمی‌تواند دارایی خود را به چند جزء متمایز و جدا از هم تقسیم کند که بخش مثبت هر جزء فقط جوابگوی بخش منفی آن باشد (مگر اینکه افراد با تشکیل شرکت، یک شخص حقوقی ایجاد کنند که در این صورت دارایی او مجزا از دارایی شرکا خواهد بود).

۳. دارایی در طول حیات انسان وابسته به شخصیت و همراه آن است و از این رو قابل انتقال در زمان حیات نیست. البته شخص می‌تواند جزئی از اموال خود را به دیگری انتقال دهد، ولی نمی‌تواند کل دارایی خود را منتقل کند. دارایی فقط به علت مرگ به ورثه انتقال می‌یابد، زیرا ورثه ادامه‌دهنده شخصیت متوفی هستند.

### ۹. انتقاد و ارزیابی نظریه کلاسیک

نظریه کلاسیک درباره دارایی مورد انتقاد واقع شده و در این زمینه گفته‌اند:

۱. پیوندی که در نظریه کلاسیک بین دارایی و شخصیت برقرار شده به اندازه‌ای

است که نمی‌توان آن دو را از هم تفکیک کرد، در حالی که دارایی جدا از شخصیت انسان است.

برخی از استادان حقوق نیز در تأیید این انتقاد افزوده‌اند «در حقوق کنونی فرض دارایی بدون صاحب پیش‌بینی شده، زیرا ممکن است بدون اینکه شخصی (اعم از طبیعی یا حقوقی) مالک دارایی باشد، دسته‌ای از اموال، خود نوعی شخصیت حقوقی بیابد و به عنوان واحد مستقل، رابطهٔ حقوقی با دیگران پیدا کند، چنان‌که مال موقوفه، به‌ویژه در جایی که وقف بر جهات یا مصارف عمومی شده است، مالک ندارد و متولی می‌تواند به نام وقف با سایرین معامله کند».[1]

اما به نظر می‌رسد که استدلال مذکور قابل ایراد است، زیرا می‌توان گفت موقوفه، چه عام باشد، چه خاص، دارای نوعی شخصیت حقوقی است و شخص حقوقی موقوفه، که دارای وجود اعتباری است، مانند اشخاص دیگر، دارای پاره‌ای اموال و دارایی است و می‌تواند صاحب حق و تکلیف باشد؛ بنابراین اگر دارایی عبارت از شایستگی و ظرفیت دارا شدن حقوق و تکالیف مالی باشد، چنان‌که بعضی از علمای حقوق گفته‌اند با شخص پیوند ناگسستنی دارد، هر چند که مفهوم شخصیت چیزی متمایز از دارایی است.

۲. اصل وحدت و غیر قابل تجزیه بودن دارایی هم قابل بحث است و با واقعیتهای حقوق موضوعه سازگار نیست؛ برای مثال ورثه صاحب دو دارایی متمایز هستند، یکی دارایی شخصی خود و دیگر دارایی مورث که دیون متوفی از آن باید پرداخت شود و نیز آدمی می‌تواند قسمتی از دارایی خود را از طریق حبس از قسمتهای دیگر جدا کند.

لیکن اگر دارایی را ظرفیت و شایستگی دارا شدن حق و تکلیف بدانیم، ایراد مذکور وارد نخواهد بود، زیرا این ظرفیّت و شایستگی که جزء شخصیّت آدمی محسوب می‌گردد، تجزیه‌ناپذیر است.

۳. حتی غیر قابل انتقال بودن دارایی در زمان حیات یک اصل مسلم و مطلق نیست، چنان‌که در حقوق ایران شخص می‌تواند همه دارایی خود را به موجب صلح به دیگری واگذار کند.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که اگر دارایی شایستگی و ظرفیت

---

۱. کاتوزیان، ناصر؛ *مقدمه علم حقوق*؛ ص ۱۷۶.

دارا شدن حقوق و تکالیف مالی باشد، هیچ‌گاه قابل انتقال از طریق صلح نیست. در واقع آنچه با صلح انتقال می‌یابد محتوای این ظرف است نه خود آن و به دیگر سخن، اموال و بدهیهای موجود شخص انتقال می‌یابد، نه شایستگی و توانایی دارا شدن آن.

به عنوان نتیجه بحث می‌توان گفت که در نظریه کلاسیک یک اصل درست و قابل قبول وجود دارد و آن این است که دارایی بدون وجود یک شخص طبیعی یا حقوقی متصور نیست و فقط شخص است که می‌تواند دارایی داشته باشد؛ لیکن طرفداران نظریه یاد شده در رابطه بین دارایی و شخصیت مبالغه کرده‌اند. دارایی الزاماً واحد و تجزیه‌ناپذیر نیست و ممکن است در یک دارایی عام و کلی، مجموعه‌های خاص و متمایزی (شامل اجزاء مثبت و منفی) وجود داشته باشد که هر مجموعه دارای وضعیت حقوقی خاص خود باشد.

انتقال دارایی به علت فوت، بر اساس نظریه ادامه شخصیت متوفی، نیز فرضی بیش نیست، چه منطقی‌تر آن است که بگوییم با مرگ شخص شخصیت او پایان می‌پذیرد، ولی اموال و دیون او به حکم قانون به ورثه انتقال می‌یابد. چگونه می‌توان برای توجیه انتقال دارایی متوفی به ورثه، بقای او را ادعا کرد؟[1]

## مبحث اول: حقوق مربوط به شخصیت[2]

**۱۰. تعریف**

حقوق مربوط به شخصیت که در حقوق مدنی مورد بحث واقع می‌شود حقوقی است که به هر انسانی قطع نظر از وابستگی او به گروه اجتماعی خاص تعلق دارد، حقوقی که بیشتر از شخص انسان حمایت می‌کند تا منافع مادی او. حقوق مربوط به

1. *Leçons de droit civil*; t. I, n. 291.
بر فرض اینکه برای ترکه متوفی، چنان‌که برخی از استادان حقوق گفته‌اند، شخصیت حقوقی قائل شویم (کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی: *اموال و مالکیت*؛ ش ۲۱، ص ۳۰ به بعد) باز هم می‌توان گفت که با مرگ انسان، شخصیت او خاتمه می‌یابد و دیون او طبق قانون به ترکه تعلق می‌گیرد.
2. Cf.: Marty et Raynaud; *Droit civil*; t. I, n. 35 et s. Weill; *Droit civil*; t. I, n. 25 et s. *Leçons de droit civil*; t. I, n. 624 et s.

شخصیت، برخلاف حقوق مالی (مانند مالکیت) غیر قابل انفکاک از شخص و شخصیت انسان است. به تعریف ژان دابن[1] حقوق مربوط به شخصیت حقوقی است که موضوع آنها عناصر تشکیل‌دهنده شخصیت است.

**۱۱. فرق بین حقوق مربوط به شخصیت و حقوق بشر**

حقوق مربوط به شخصیت با حقوق بشر مترادف نیست. حقوق بشر حقوقی اساسی، مهم و ضروری برای انسان است که در اعلامیه‌های حقوق بشر، به‌ویژه اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸، ذکر شده است. بعضی از این حقوق مالی است، مانند مالکیت (ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر) که نمی‌توان آنها را از حقوق مربوط به شخصیت دانست، زیرا این حقوق، چنان‌که گفتیم، شخصی و غیر مالی هستند. به‌علاوه برخی از این حقوق اساسی نیستند، مانند حق بر عکس و تصویر، حال آنکه حقوق بشر اساسی محسوب می‌شوند، وانگهی در حقوق بشر اساساً روابط حقوق عمومی و به دیگر سخن، روابط دولت و فرد منظور است (برای مثال حق زندگی، آزادی و امنیت که در ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است، حقی است که دولتها باید در رابطه با مردم محترم بشمارند)، ولی در حقوق مربوط به شخصیت روابط حقوق خصوصی، یعنی روابط مردم با یکدیگر، مطرح است و اینها حقوقی هستند که مردم باید در روابط با یکدیگر محترم بشمارند و به همین دلیل حقوق مربوط به شخصیت در حقوق خصوصی مورد بحث واقع می‌شوند.

حقوق مربوط به شخصیت از شخصیت جسمی یا شخصیت روحی و معنوی انسان حمایت می‌کنند و از این لحاظ می‌توان آنها را به دو دسته تقسیم کرد و با دو عنوان حمایت از شخصیت جسمی انسان و حمایت از شخصیت اخلاقی و معنوی انسان مورد بحث قرار داد. ما به ترتیب، حمایت از شخصیت انسان،

---

1. Jean Dabin

ویژگیهای حقوق مربوط به شخصیت و مقررات قانون مدنی و فقه اسلامی را در این باره مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهیم.

## بند اول: حمایت از شخصیت انسان

### ۱۲. الف) حمایت از شخصیت جسمی انسان

شخصیت جسمی انسان محترم و مورد حمایت قانونگذار است و بدین‌منظور حقوقی برای او در نظر گرفته شده است. انسان حقی بر تمامیت جسمی خود دارد و ایراد صدمه و ضرب و جرح و هرگونه تعرض جسمی به شخص ممنوع و موجب مسئولیت مدنی و کیفری است.

بدین جهت مداوای طبی یا عمل جراحی انسان اصولاً بدون رضایت او مجاز نیست، وانگهی رضایت تا حدی معتبر است که مداوا یا عمل برخلاف موازین علمی و فنی نباشد و با رعایت نظاماتی که از طرف دولت تصویب و اعلام می‌شود انجام گیرد.[۱]

با وجود این، گاهی تعرض و لطمه زدن به تمامیت جسمی به موجب قانون بر افراد تحمیل می‌شود و این کار فقط باید در راه مصالح اجتماعی باشد، مانند واکسیناسیون اجباری و معالجه معتادان به مواد مخدر[۲] و مجازاتهای جسمی که در

---

۱. بر طبق ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰ این اعمال جرم محسوب نمی‌شود: ۱) اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تأدیب یا حفاظت آنها انجام شود مشروط به اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف تأدیب و محافظت باشد. ۲) هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیا یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود. در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود. ۳) حوادث ناشی از عملیات ورزشی، مشروط بر اینکه سبب آن حوادث نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم با موازین شرعی مخالفت نداشته باشد.

۲. به مواد ۵، ۱۶ و ۱۷ قانون جلوگیری از بیماریهای آمیزشی، مصوب ۱۳۲۰ و تبصره ۱، ماده ۹ قانون اصلاح قانون منع کشت خشخاش، مصوب ۱۳۳۸ و ماده ۷ قانون اقدامات تأمینی، مصوب ۱۳۳۹ مراجعه شود.

قوانین کیفری مقرر شده است.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که اگر قانونی وجود نداشته باشد، آیا مقامات قضایی می‌توانند تصمیمی اتخاذ کنند که موجب صدمه زدن به جسم انسان باشد؟ (مانند آزمایش زخم، تزریق سرم یا مرفین، گرفتن خون برای تشخیص نسب و امثال آن). پاسخ این سؤال منفی است، زیرا احترام به شخصیت انسان و جلوگیری از خودسری مجریان قانون اقتضا می‌کند که از هرگونه صدمه زدن و تعرض به جسم شخص به جز در مواردی که قانون تجویز کرده است، خودداری شود. در مورد آزمایش خون، رویه قضایی فرانسه بر آن است که اگر یکی از طرفین دعوی به آن استناد کند و طرف دیگر از قبول آن امتناع نماید، قاضی بدون اینکه بتواند این عمل را بر او تحمیل کند، مجاز است امتناع طرف را در حکم خود مورد توجه قرار داده، از آن نتیجه‌ای منصفانه بگیرد. قانون مصوب ۱۹۵۵ فرانسه این رویه را در مورد اثبات نسب طبیعی پدری تأیید کرده است. در حقوق ایران نص و رویه‌ای در این زمینه به دست ما نرسیده است، ولی اشکالی به نظر نمی‌رسد که امتناع طرف دعوی از قبول آزمایش جزء امارات قضایی محسوب شده، در حکم قاضی مؤثر باشد.

**۱۳. حق انسان نسبت به جسم خود بعد از مرگ**

اصولاً حقوق مربوط به شخصیت جسمی انسان برای زمان حیات است و حمایت از جسم انسان زنده است که مورد عنایت خاص قانون‌گذار قرار گرفته است و شخصیت حقوقی انسان با مرگ خاتمه می‌یابد.

با وجود این، کالبد بی‌جان انسان هم مورد احترام واقع شده و برای شخص حقی نسبت به آن منظور گردیده است. کسی که اهلیت برای وصیت داشته باشد می‌تواند درباره کفن و دفن خود وصیت کند و نیز می‌تواند هرگونه تعرض (مثلاً تشریح و نسج‌برداری) نسبت به جسد خود را منع نماید. البته این حق مطلق نیست و ممکن است با توجه به مقتضیات عدالت جزایی اقداماتی از قبیل تشریح و نبش قبر برای کشف جرم در مورد جسد صورت گیرد. طبق قانون، نبش قبر جرم است،

مگر اینکه به وسیله مأمورین کشف جرم و برای کشف جرم باشد.[۱]

بر طبق نظر فقهای معاصر، تشریح جسد بی‌جان مسلمان جایز نیست، مگر در صورتی که حفظ جان یک نفر مسلمان یا عده‌ای از مسلمانان متوقف بر آن باشد و استفاده از جسد غیر مسلم برای تشریح ممکن نباشد.[۲]

در مورد پیوند عضو مرده مسلمان نیز نظر فقهای معاصر بر این است که اگر حیات مسلمانی متوقف بر آن باشد مجاز است و در غیر این صورت هرگاه شخصی عضو مزبور را بدون اذن صاحب آن قطع کند، مکلف به پرداخت دیه است.[۳]

به نظر می‌رسد که شخص می‌تواند در حدودی که تشریح مجاز است وصیت کند که جسد او را برای تشریح در اختیار دانشکده پزشکی بگذارند، زیرا این وصیت برخلاف قواعد آمره نیست وانگهی دارای فایده اجتماعی است. اگر متوفی اراده خود را درباره جسدش به موجب وصیت اعلام نکرده باشد، می‌توان گفت وراث او در این باره اختیار دارند و می‌توانند درباره کفن و دفن و تشریح (با رعایت حدود مقرر برای تشریح) تصمیم بگیرند. در واقع حقی که برای متوفی در این زمینه وجود داشته به وراثش که ادامه‌دهندهٔ شخصیت او هستند منتقل می‌شود.

**۱۳/۱. پیوند عضو شخص مرده به زنده**

گرچه کالبد بی‌جان انسان، به‌ویژه شخص مسلمان محترم است و بدون دلیل نمی‌توان به جسد آسیب رساند یا عضوی از آن را قطع کرد، امروزه خردمندان قطع عضوی از اعضای شخص مرده و پیوند آن به شخص زنده یا نگهداری در بانکهای مخصوص را می‌پذیرند.

برای جواز و مشروعیت قطع عضو از جسد و پیوند آن به بیمار نیازمند یا

۱. ماده ۲۰۶ قانون مجازات عمومی سابق و ماده ۶۳۴ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵.
۲. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۶۲۴ و منتظری، حسینعلی؛ *رساله استفتائات*؛ ص ۱۸۲.
۳. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۶۲۴.
همچنین رجوع کنید به: ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰.

انتقال آن به بانک مخصوص نگهداری اعضا به قصد پیوند به نیازمندان در آینده و نجات آنان از مرگ به کتاب و سنت استناد شده است:

آفریدگار حکیم انسان را کرامت[۱] ویژه بخشیده و او را به دیگر آفریده‌ها برتری داده و از آسیب رساندن به خود و تجاوز به او، خواه زنده خواه مرده، باز داشته است. یکی از اهداف قانون‌گذاری اسلامی حفظ نفس است، چنان‌که خداوند متعال می‌فرماید: «ولاتلقوا بایدیکم الی التهلکة»[۲] یعنی خویشتن را با دستان خود به هلاکت نیندازید.[۳] به‌علاوه از اهداف کلی دین برطرف نمودن ضرر[۴] و رفع حرج و تنگنا از مردم است.[۵]

برمبنای این عمومات پاره‌ای از فقیهان اسلام خوردن گوشت مرده را در موارد ضروری[۶] مجاز دانسته‌اند؛ زیرا حرمت شخص زنده از جسد بی‌جان بیشتر است.[۷] نیز هرگاه زن بارداری بمیرد و زندگی جنین در خطر باشد، شکافتن رحم مادر و نجات جان جنین پذیرفته شده است.[۸] بر همین مبنا هرگاه تنها راه نجات

---

۱. ولقد کرّمنا بنی‌آدم (اسراء، ۷۰).
۲. بقره، ۱۹۵ و نیز ر.ک.: نساء، ۲۹.
۳. دربارهٔ ارزش نجات جان انسان همین کافی است که خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: ... و مَنْ احیاها فکأنّما احیاالنّاس جمیعاً (مائده، ۳۲).
۴. لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام. برای مطالعه دربارهٔ این قاعدهٔ فقهی ر.ک.: نراقی، احمد؛ *عوائد الایام*؛ قم: مکتبة بصیرتی، ۱۴۰۸ ق، ص ۱۵ به بعد.
۵. یریداللّه بکم الیسر و لا یرید بکم العسر (بقره، ۱۸۵)، مایریداللّه لیجعل علیکم من حرج (مائده، ۶).
۶. برای مفهوم ضرورت شرعی (اضطرار)، ضوابط و شرایط آن رجوع کنید به: وهبة الزحیلی؛ *نظریة الضرورة الشرعیة*؛ بیروت و دمشق، ۱۴۱۸ ق، ۱۹۹۷ م، ص ۶۳ به بعد.
۷. الفیروزآبادی؛ *المهذب*؛ ج ۱، ص ۲۵۷ و ۲۵۸؛ احمدبن محمدبن الصاوی؛ *بلغة المسلک لاقرب المسالک*؛ ج ۱، ص ۶۸۳.
۸. در این باره به قواعدی مانند الضرورة تبیح المحظورات، الضرر الاشد یزال بالضرر الاخف و اذا دار الامر بین محظورین یصار الی اخف الضررین استناد شده است، برای مطالعهٔ بیشتر رجوع کنید به: سمیرة عاید الدیات؛ *عملیات نقل وزرع الاعضاء البشریة بین الشرع و القانون*؛ رسالهٔ دکتری، عمّان، ۱۹۹۹، ص ۲۳۸ به بعد.

بیمار در قطع عضوی از اعضای تازه مرده و پیوند آن به بیمار باشد و چاره‌ای جز آن نباشد ناگزیر باید اقدام کرد، زیرا به حکم قاعدهٔ عقلی برای حفظ و بازگرداندن سلامت شخص زنده که مصلحت برتر است می‌توان عضو تازه گذشته را قطع کرد و ضرر کمتر را برای برطرف نمودن ضرر بیشتر و نگهداری مصلحت باارزش پذیرفت. شرع نیز این قاعدهٔ عقلی را می‌پذیرد.[۱]

تاکنون در بسیاری از کشورها پیوند عضو تازه گذشتگان به بیماران نیازمند، پذیرفته شده است. کشورهای اسلامی نیز به‌تدریج در این باره مقرراتی را تصویب کرده‌اند و قطع و انتقال اعضای تازه گذشتگان را با شرایط و محدودیتهایی پذیرفته‌اند.[۲]

در ایران قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم است به‌تازگی تصویب شده است و سابقهٔ طولانی ندارد (مصوب ۷۹/۱/۱۷).[۳] به موجب این قانون بیمارستانهای مجهز برای پیوند اعضا پس از

---

۱. کل ما حکم به العقل حکم به الشّرع ...، برای مطالعهٔ این قاعدهٔ اصولی رجوع کنید به: ابوالحسن محمدی؛ *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*؛ انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ش ۱۱۹، ص ۲۰۳ و ۲۰۴.

۲. در فرانسه قواعد عمومی برداشتن عضو از جسد متوفی به سال ۱۹۹۴ تصویب شده است، گرچه قواعد پراکنده‌ای مانند قانون برداشتن قرنیهٔ چشم مصوب ۱۹۴۹ در گذشته وجود داشته است. برای نمونه از بین کشورهای اسلامی می‌توان به قانون ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ لبنان، قانون استفاده از چشم مردگان اردن مصوب ۱۹۵۶، مقررات سوریه مصوب ۱۹۷۲ و قانون مصر دربارهٔ استفاده از چشم مردگان مصوب ۱۹۶۲ اشاره کرد، برای مطالعهٔ بیشتر رجوع کنید به: سمیرة عایدالدیات؛ *عملیات نقل وزرع الاعضاء البشریة بین الشرع و القانون*؛ ص ۲۵۹ به بعد.

۳. این قانون مشتمل بر مادهٔ واحده و سه تبصره در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی تصویب و با توجه به عدم وصول نظریهٔ شورای نگهبان در مهلت مقرر در اصل نودوچهارم قانون اساسی در روزنامهٔ رسمی شمارهٔ ۱۶۱۱۴، پنجم تیرماه ۱۳۷۹ منتشر و ۱۵ روز پس از آن قابل اجرا شده و هیئت وزیران آیین‌نامهٔ اجرایی آن را در تاریخ ۱۳۸۱/۲/۲۵ تصویب کرده است.

کسب اجازهٔ کتبی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌توانند از اعضای سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان بر طبق نظر کارشناسان خبره مسلم باشد، به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولی میت جهت پیوند به بیمارانی که ادامهٔ حیاتشان به پیوند عضو یا اعضای فوق بستگی دارد استفاده نمایند.

البته تعیین لحظهٔ مرگ برای برداشتن عضو بسیار مهم است و با تردید در مرگ نمی‌توان در این باره اقدام کرد. به نظر می‌رسد که در شرایط کنونی مرگ مغزی مناسب‌ترین معیار برای مرگ قطعی است و قانون‌گذار ایران نیز آن را پذیرفته است. برابر تبصرهٔ ۱ این قانون تشخیص مرگ مغزی توسط کارشناسان خبره در بیمارستانهای مجهز دانشگاههای دولتی صورت می‌گیرد.

اعضای تیمهای تشخیص مرگ مغزی نبایستی عضویت تیمهای پیوندکننده را داشته باشند (تبصرهٔ ۲ قانون) و پزشکان عضو تیم از جهت جراحات وارده بر میت مشمول دیه نخواهند گردید (تبصرهٔ ۳ قانون).

**۱۴. ب) حمایت از شخصیت معنوی و اخلاقی انسان**

شخصیت معنوی و اخلاقی انسان و به‌تعبیر دیگر جنبه‌های غیر جسمی شخصیت آدمی هم محترم و مورد حمایت است. این حمایت شامل شخصیت عمومی و سیاسی انسان است.

آزادیهای فردی مانند آزادی رفت‌وآمد، آزادی فکر و بیان از جمله حقوقی است که از شخصیت عمومی فرد حمایت می‌کند. حقوق سیاسی مانند حق رأی نیز از این دسته است.

البته اینها حقوقی است که در حقوق عمومی و در رابطهٔ بین دولت و فرد بررسی می‌شود، لیکن حقوق خصوصی نیز در روابط بین مردم به‌ویژه با قبول مسئولیت مدنی و دعوی خسارت از حقوق یاد شده حمایت می‌کند. یکی از آزادیهای اساسی انسان آزادی انتخاب شغل است که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است (اصل بیست‌وهشتم قانون اساسی).

آزادی انتخاب شغل در واقع لازمهٔ شخصیت انسان است و بدین جهت تعهد خدمت مادام‌العمر در قانون منع شده است (مواد ۵۱۴ و ۵۱۵ ق. م.).

شخصیت مدنی انسان هم مورد حمایت است. این شخصیت شامل حق بر نام و وضعیت مدنی شخص است. حق انسان بر عکس و تصویر خود همانند حق بر نام مورد حمایت است؛ بنابراین هیچ‌کس حق ندارد از شخصی بدون اجازه او عکس بگیرد. همچنین توصیف از شخص معین در یک داستان یا صحنه نمایش بدون رضایت او مجاز نیست و نیز شخص می‌تواند از انتشار عکس و تصویر خود، حتی اگر بدون سوء نیت باشد، جلوگیری نماید.

در واقع عکس و تصویر و اوصاف آدمی جزء شخصیت اوست و تعرض به آن، تعرض به شخصیت محسوب می‌شود و ممنوع و موجب مسئولیت است.

آبرو و شرف و حیثیت انسان نیز محترم و مورد حمایت است و این در واقع شخصیت اخلاقی را تشکیل می‌دهد که تجاوز به آن ممنوع و موجب مسئولیت است. تعرض به حیثیت و آبروی شخص ممکن است توهین[۱] یا افترا[۲] محسوب شود که در این صورت، هم موجب مسئولیت کیفری و هم مستلزم مسئولیت مدنی خواهد بود. عواطف و احساسات شخص هم مورد حمایت واقع شده، از این‌رو قانون به ورثه مقتول حق می‌دهد که از بابت صدمه‌ای که به عواطف و احساسات آنها وارد شده است مطالبه جبران نمایند.

شخصیت فکری انسان نیز مورد حمایت واقع شده است و این اساس شناسایی یک حق معنوی برای مؤلف و هنرمند نسبت به اثر خود است که جدا از حقوق مادی اوست. حق معنوی مؤلف به او اجازه می‌دهد که در مورد نشر یا عدم نشر اثر خود تصمیم بگیرد و از تحریف و تغییر و انتشار اثر به نام دیگری جلوگیری کند و اختیار تجدید نظر در اثر را داشته باشد.

---

۱. ر.ک.: مادهٔ ۶۰۸ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵.

۲. ر.ک.: مادهٔ ۶۹۷ تا ۶۹۹ همان قانون.

حق تمتع از زندگی خصوصی نیز از حقوقی است که از شخصیت معنوی انسان حمایت می‌کند. بر اساس این حق، صاحبان پاره‌ای مشاغل، مانند پزشکان و وکلای دادگستری، مکلف به حفظ اسرار اشخاص شده‌اند و نیز نامه‌های خصوصی و مکالمات تلفنی و مخابرات تلگرافی افراد مصون از تعرض است.[1] اصل بیست‌وپنجم قانون اساسی در این باره مقرر می‌دارد «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس و عدم مخابره آنها ممنوع است، مگر به حکم قانون».

## بند دوم: ویژگیهای حقوق مربوط به شخصیّت

### ۱۵. ضوابط کلی

چون این حقوق مربوط به شخصیت انسان هستند و جزء دارایی به شمار نمی‌آیند ویژگیهایی به این شرح دارند:

۱. به وراث شخص منتقل نمی‌شوند و با پایان گرفتن شخصیت حقوقی انسان ساقط می‌گردند.

با وجود این، استثنائاتی در این زمینه وجود دارد. چنان‌که گفتیم، ورثهٔ شخص حقی نسبت به کالبد بی‌جان او دارند و می‌توانند درباره مکان و برخی از تشریفات کفن و دفن جسد و امثال آن تصمیم بگیرند؛ با اینکه تصمیم‌گیری در این زمینه اصولاً با خود شخص است، حمایت از آثار فکری شخص و به تعبیر دیگر حمایت از حق معنوی مؤلف و هنرمند بعد از فوت او دست‌کم تا مدتی با ورثه

---

۱. ر. ک.: مواد ۶۴۸ و ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵ و ماده ۳۰ قانون وکالت، مصوب ۱۳۱۵ و نیز رجوع کنید به: ماده ۳۱۰ قانون مجازات مصر، مصوب ۱۹۳۷؛ ماده ۵۶۵ قانون مجازات سوریه، مصوب ۱۹۴۹؛ ماده ۵۷۹ قانون مجازات لبنان، مصوب ۱۹۴۳؛ ماده ۴۳۷ قانون مجازات عراق، مصوب ۱۹۶۹؛ ماده ۳۷۹ قانون مجازات امارات متحده عربی، مصوب ۱۹۸۷ و ماده ۶۲۳ قانون مجازات ایتالیا، مصوب ۱۹۳۰؛ به نقل از: «جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية الشريعة و القانون»؛ *مجلة الشريعة والقانون*؛ ش ۲، ۱۴۰۸ هـ. ق.، ص ۱۵۵، ۱۶۴ و ۱۶۵.

است. از قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ چنین برمی‌آید که ورثه پدید آورنده، تا سی سال بعد از مرگ او جانشین او در حفظ حق معنوی پدید آورنده و تعقیب متجاوز به آن هستند و پس از این مدت وزارت فرهنگ و هنر (امروزه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی) سمت جانشین پدید آورنده و شاکی خصوصی را خواهد داشت (ماده ۱۲ قانون یاد شده).

۲. این حقوق قابل توقیف به وسیله بستانکاران نیستند،[۱] زیرا بستانکاران فقط می‌توانند اموال بدهکار را برای استیفای طلب خود توقیف کنند و حقوق مربوط به شخصیت از حقوق مالی محسوب نمی‌شوند.

۳. مرور زمان نسبت به این حقوق جاری نمی‌شود، زیرا مرور زمان هم مخصوص اموال و حقوق مالی است.[۲]

۴. این حقوق نمی‌توانند موضوع قرارداد واقع شوند و قابل انتقال و اسقاط نیستند، لیکن این اصل دارای استثناآتی است و بعضی از قراردادهای راجع به این حقوق معتبر شناخته شده است.

**۱۶. قراردادهای راجع به حقوق مربوط به شخصیّت**

شک نیست که نمی‌توان حقوق اساسی مربوط به شخصیت را به موجب قرارداد یا یک‌جانبه اسقاط یا به دیگری واگذار کرد؛ مثلاً شخص هرگز نمی‌تواند از حق حیات خود صرف نظر کند. قتل هر چند با هدف انسانی و با موافقت مقتول صورت گیرد قتل و قابل مجازات است. همچنین شخص نمی‌تواند حق حیثیت یا آزادی خود را اسقاط یا واگذار کند، زیرا قواعد راجع به حقوقِ مربوط به شخصیت جزء قواعد

---

۱. به تبصره ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی، مصوب ۱۳۵۶ (عدم توقیف تألیفات و ترجمه‌های چاپ نشده) مراجعه شود.

۲. باید توجه داشت که قواعد و مقررات کلّی مرور زمان نسبت به اموال و حقوق مالی نیز طبق نظر شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ مغایر احکام شرعی شناخته شده است (ر.ک.: مهرپور، حسین؛ مجموعه *نظریات شورای نگهبان*؛ ج ۳، ص ۲۳۱).

آمره و مرتبط با نظم عمومی است[1] و از این‌رو قراردادی که به این حقوق صدمه می‌زند باطل و از درجه اعتبار ساقط است؛ با وجود این پاره‌ای قراردادها که موضوع آنها حقوق مربوط به شخصیت است و به تمامیت جسمی انسان صدمه می‌زند مجاز شناخته شده است:

۱. قراردادهایی که صدمه سبک و غیر قطعی به جسم انسان وارد می‌کند، مانند فروش گیسو، معتبر است، به شرط اینکه موضوع آن منفعت عقلایی و مشروع داشته باشد. عرف و عادت صحت این گونه قراردادها را تأیید می‌کند.

۲. قراردادهایی که با نفع مشروعِ منعقدکننده آن توجیه می‌شود، یعنی شخص نفع مشروعی در عقد آن دارد، مانند قراردادهایی که شخص با پزشک یا جراح، طبق موازین فنی و علمی و با رعایت نظامات و مقررات دولتی، منعقد می‌نماید. قراردادهای راجع به جراحی پلاستیک مورد تردید علمای حقوق واقع شده است. نظر مشهور بر این است که نمی‌توان آنها را یکجا محکوم کرد، لیکن اگر عمل، خطر بزرگی دربر داشته باشد، قرارداد باطل و جراح مقصر و مسئول خواهد بود.[2]

در حقوق ما آیین‌نامه اجرایی بند ۳ ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۵۷/۹/۱۵ جراحی پلاستیک را مجاز و قرارداد راجع به آن را معتبر شناخته بود. برابر ماده ۱۵۶ آیین‌نامه مذکور پزشکان مکلف بودند قبل از عمل جراحی زیبایی، رضایت کتبی شخصی را که می‌خواهند جراحی نمایند، بگیرند؛ ولی مادهٔ ۴۲ قانون مجازات عمومی نسخ شده است و آیین‌نامهٔ اجرایی آن هم قابل اجرا نیست. با وجود این، بر طبق بند ۲ مادهٔ ۵۹ قانون مجازات اسلامی برای انجام دادن هر نوع عمل جراحی پزشک باید رضایت بیمار یا رضایت نمایندگان یا سرپرستان قانونی

---

۱. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی: *ضمان قهری*؛ ص ۳۵۷.

همچنین رجوع کنید به: النقیب، عاطف؛ *النظریة العامة للمسؤولیة الناشئة عن‌الفعل الشخصی*؛ ص ۲۵۲ و الحسینی، عبداللطیف؛ *المسؤولیة المدنیة عن‌الاخطاء المهنیة*؛ ص ۱۷۲.

۲. *المسؤولیّة المدنیة عن الاخطاء المهنیة*؛ ص ۱۷۲ و ۱۷۳.

وی را بگیرد. در موارد فوری اخذ رضایت لازم نیست. به‌علاوه در همهٔ موارد رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی ضروری است.

۳. قراردادهایی که دارای نفع عمومی است صحیح می‌باشد. قرارداد دادن خون از این‌گونه است، حتی اگر معوض باشد. ماده ۸ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی مصوب ۱۳۳۴ به دارندگان آزمایشگاهها اجازه می‌دهد که با مجوز مخصوص وزارت بهداری اقدام به خرید و فروش خون کنند. آیین‌نامهٔ راجع به انتقال خون در سال ۱۳۳۸ به تصویب رسیده که دارای مقررات مفصلی در این زمینه است. برخی از فقهای معاصر نیز جواز فروش خون را با شرایطی پذیرفته‌اند.[۱]

در فرانسه قانون مصوب ۱۲ ژوئیه ۱۹۵۲ به‌طور ضمنی صحت قرارداد اعطای خون را پذیرفته است.

در مورد قرارداد اعطای عضو برای پیوند، ماده ۲ آیین‌نامهٔ بند ۳ ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی پیشین با شرایطی آن را پذیرفته بود. برابر این ماده «هرگاه پزشک متخصص عمل پیوند اعضا را ضروری تشخیص دهد علاوه بر اخذ رضایت کتبی اعطاکننده عضو، بایستی نظریه کتبی دو نفر پزشک متخصص دیگر را هم مبنی بر اینکه برداشت عضو خطر جسمی یا روانی قابل پیش‌بینی برای اعطاکننده به وجود نمی‌آورد، بگیرد»؛ بنابراین پیوند عضو در صورتی مجاز بود که: اولاً، پزشک متخصص عمل پیوند آن را ضروری تشخیص می‌داد؛ ثانیاً، رضایت کتبی اعطاکننده عضو را تحصیل می‌کرد؛ ثالثاً، دو پزشک متخصص دیگر کتباً اعلام می‌کردند که برداشت عضو خطر جسمی یا روانی قابل پیش‌بینی برای اعطاکننده ندارد.

چنان‌که گفته شد، امروزه با نسخ ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی، آیین‌نامه یاد شده نیز دیگر اعتبار قانونی و قدرت اجرایی ندارد، ولی با توجه به بند ۲ ماده

---

۱. «الاقوی جوازالانتفاع بالدم فی غیرالاکل و جواز بیعه لذلک ...». (*تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۶۲۵).

۵۹ قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت پیوند عضو با رضایت اعطاکننده و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی مجاز است. بعضی از فقهای معاصر در مورد پیوند کلیه اظهار نظر کرده‌اند که پیوند در صورتی که با رضایت شخص بوده، ضرر زیادی برای او نداشته باشد و حیات مسلمان دیگری متوقف بر آن باشد مانعی ندارد.[۱]

بعضی از علمای حقوق برآن‌اند که قراردادهایی که هدف از آنها انجام دادن آزمایشهای پزشکی روی شخص مجنی‌علیه با رضایت او باشد صحیح است، لیکن این راه‌حل متضمن خطرهایی است و نمی‌توان به آسانی آن را پذیرفت، چه تشخیص اینکه هدف تا چه حد از نظر اجتماعی مفید است و تا چه اندازه رضایت ذی‌نفع آزادانه اعلام شده دشوار است.[۲]

## بند سوم: حقوق مربوط به شخصیت در قانون مدنی

### ۱۷. مواد قانونی

قانون مدنی در مواد مختلف از پاره‌ای حقوق مربوط به شخصیت سخن گفته‌است، مانند حق بر نام خانوادگی، یا حقوق خانوادگی، ولی فصل جداگانه‌ای به این حقوق اختصاص نداده است.

علاوه بر مواد خاص و پراکنده راجع به این حقوق، دو ماده کلی در قانون مدنی دیده می‌شود که موضوع آنها حقوق مربوط به شخصیت است، ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ ق. م.

به موجب ماده ۹۵۹ «هیچ کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». بر طبق ماده ۹۶۰ «هیچ‌کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا

۱. رسالهٔ *استفتائات*؛ جواب سؤال ۵۳۹، ص ۱۸۰ و امام خمینی با عبارت «ولو قلنا بجواز القطع والترقیع باذن من صاحب العضو زمان حیاته ...» قول به جواز پیوند با اذن صاحب عضو را ممکن دانسته‌اند (*تحریر الوسیلة*؛ ج ۲، ص ۶۲۴ و ۶۲۵، مسئله ۷).

2. Weill; *Droit civil*; t. I, n. 36.

اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف نظر نماید».

اینک بجاست به شرح این دو ماده بپردازیم.

**۱۸. الف) ماده ۹۵۹ ق. م.**

ماده ۹۵۹ ق. م.، برای حمایت از شخصیت انسان، سلب حقوق مدنی را به طور کلی منع می‌کند. مقصود از حقوق مدنی حقوقی است که در روابط مردم با یکدیگر قطع نظر از شغل، مقام و عنوان خاص آنها در اجتماع مطرح است، مانند حق مالکیت، حق خرید و فروش و حق ازدواج.

کسی که فاقد حقوق مدنی باشد نمی‌تواند زندگی کند یا لااقل آن زندگی را که درخور شخصیت اوست داشته باشد. ماده ۹۵۹ از حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی سخن گفته است. حق تمتع به معنی امتیاز و قابلیت دارا شدن حق است که لازمه شخصیت انسان است. شخصیت انسان اقتضا می‌کند که دارای حقوق مدنی باشد.[1] حق اجرا قدرت بر اعمال و استفاده از حق است. داشتن حق تمتع بدون حق اجرا بی‌فایده است. اگر شخص نتواند حق خود را اجرا کند، بهره‌ای از آن نخواهد برد. پس داشتن حق اجرای حقوق مدنی نیز به شخصیت آدمی بستگی دارد و به دیگر سخن هم حق تمتع و هم حق اجرای حقوق مدنی از حقوق مربوط به شخصیت است و از این رو سلب آن ممنوع است. برابر ماده ۹۵۹ شخص نه‌تنها نمی‌تواند حق تمتع یا اجرای همه حقوق مدنی را از خود سلب کند بلکه نمی‌تواند قسمتی از حقوق مدنی، یعنی بعضی از آنها را از خود سلب کند. سلب یکی از

---

۱. برخی از حقوقدانان در تعریف اهلیت تمتع (اهلیت وجوب) گفته‌اند مناط و ملاک داشتن اهلیت تمتع از دیدگاه قانونگذار اسلامی وصف انسان بودن است و با سن، عقل و رشد ارتباط ندارد، بلکه هر انسانی در هر شرایطی و دارای هر وصفی که باشد، حتی جنین و یا مجنون از این صلاحیت و اهلیت بهره‌مند می‌گردد (ر.ک.: الزرقاء، مصطفی احمد؛ *الفقه‌الاسلامی فی ثوبه‌الجدید*؛ ج ۲، المدخل الفقهی العام، ص ۷۳۴، به نقل از: بحرالعلوم، محمد؛ *عیوب الارادة فی الشریعة الاسلامیة*؛ ص ۱۹۱).

حقوق مدنی، مانند مالکیت یا ازدواج یا وکالت هم، مشمول این ماده و فاقد ارزش حقوقی است. البته سلب قسمتی از حقوق مدنی هنگامی ممنوع و باطل است که به طور کلی باشد، نه به طور جزئی. کلی مفهومی است که صادق بر افراد عدیده است و جزئی در مقابل آن، مفهومی است که فقط بر یک فرد صادق است.

بنابراین اگر کسی حق مالکیّت یا حق خرید خانه یا حق شرکت در مناقصه دولتی را از خود سلب کند، این سلب حق به‌طور کلی محسوب می‌شود و باطل است، ولی اگر حق مالکیت شیئی معین یا حق خرید خانه معین یا حق شرکت در مناقصه معین را از خود سلب کند، سلب حق به‌طور جزئی است و طبق ماده ۹۵۹ صحیح است، زیرا برخلاف شخصیت نیست. احترام به شخصیت انسان ایجاب می‌کند که در اعمال حقوقی خود تا حدی آزادی داشته باشد.

ماده ۹۵۹ ق. م. مشابه بند اول ماده ۲۷ ق. م. سویس است که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند، حتی به طور جزئی، از حق تمتع یا اجرای حقوق مدنی صرف‌نظر کند».

ظاهراً مقصود از «به‌طور جزئی»[۱] این است که شخص بعضی یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند، نه اینکه سلب حق را مقید به موضوع معینی بنماید؛ بنابراین می‌توان گفت که ماده ۲۷ ق. م. سویس و ماده ۹۵۹ ق. م. ایران مفید یک معناست و این از آن گرفته شده است،[۲] هر چند که با بعضی از اقوال فقهای اسلامی هم سازگار است.

باید توجه داشت که داشتن حق تمتع یا اهلیت تمتع، اصل و قاعده است؛ با وجود این، قانون‌گذار بنا به رعایت پاره‌ای مصالح و جهات، اشخاصی را از این قاعده مستثنا کرده است. اتباع بیگانه طبق ماده ۹۶۱ ق. م. از داشتن حقوقی که قانون صریحاً به اتباع ایران اختصاص داده (مثال: ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی

---

1. partiellement

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *تأثیر اراده در حقوق مدنی* (رساله دکتری)؛ ش ۶۷۶.

دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹) و حقوقی که صریحاً از اتباع خارجی سلب کرده (مثال: ماده ۱۰ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، مصوب ۱۳۳۳) و همین‌طور حقوق مختص جامعه ایرانی (مثال: ماده واحده لایحه قانونی راجع به تأمین اعتبار جهت پرداخت به افراد بی‌کار در قبال انجام کار محوله، مصوب ۱۳۵۸) و حقوقی که قانون دولت متبوع اتباع خارجی آن را نپذیرفته است (مثال: مواد ۱۰۷۵ تا ۱۰۷۷ ق. م. راجع به ازدواج موقت و ماده ۹۴۲ ق. م. مربوط به تعدد زوجات)، محروم می‌باشند. علاوه بر اتباع خارجی پاره‌ای از ایرانیان نیز از داشتن حق تمتع از پاره‌ای حقوق محروم‌اند (مثل: طفل متولد از زنا موضوع مواد ۱۱۶۷ و ۸۸۴ ق. م.).

**۱۹. ضمانت اجرای تخلف از قرارداد سلب حق**

هرگاه کسی حق تمتع یا حق اجرای یکی از حقوق مدنی را، به‌طور جزئی، از خود سلب کند، چنان‌که تعهد کند که حق شرکت در یک مناقصهٔ معین و یا حق خرید خانه معین را نداشته باشد (سلب حق تمتع) یا در مناقصه معینی شرکت نکند، یا خانه معینی را نخرد (سلب حق اجرا)، ولی برخلاف تعهد خود عمل کند و در مناقصه شرکت کند و برنده شناخته شود یا خانه را بخرد، ضمانت اجرای این تخلف چیست؟

شک نیست که اگر از این راه زیانی به متعهدله وارد شده باشد، او می‌تواند مطالبه خسارت نماید، ولی بحث در این است که آن عمل حقوقی که برخلاف تعهد انجام شده است دارای چه حکمی است؟ صحیح است یا باطل یا غیر نافذ؟[1]

برخی از استادان حقوق گفته‌اند «به نظر می‌رسد که در اثر سلب حق مزبور،

---

۱. عقد صحیح عقدی است که دارای تمامی شرایط اساسی و ارکان لازم برای معامله باشد. قرارداد باطل قراردادی است که به علت فقد پاره‌ای از شرایط اساسی و ارکان، هیچ گونه اثر حقوقی بر آن مترتب نباشد، مانند قرارداد صغیر غیرممیز یا مجنون. قرارداد غیر نافذ آن است که به علت فقد پاره‌ای از شرایط و اوصاف، ناقص و معیوب و غیرمؤثر باشد؛ لیکن بتوان با تنفیذ بعدی عیب آن را رفع کرد، مانند معامله سفیه و مکره (ر. ک.: صفائی، حسین؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، ص ۶۷).

معامله ملک باطل می‌باشد، زیرا خریدار پس از سلب حق مانند آن است که چنین حقی را نداشته است؛ اما در صورتی که کسی تعهد نماید که از فلان حق خاص استفاده نکند ... تعهد به عدم اعمال آن صحیح است و چنانچه برخلاف تعهد خود عمل نماید خسارات ناشیه از عدم انجام آن را باید بپردازد و هر گاه ممکن باشد مجبور می‌شود که آن را به حالت اولیه عودت دهد».[۱]

بنابر این نظر باید بین سلب حق تمتع و سلب حق اجرا، تفکیک کرد. در فرض اخیر دارنده حق، تعهد کرده است که از آن استفاده نکند؛ به عبارت دیگر حق اجرای آن را به‌طور جزئی از خود سلب کرده است. چنین سلب حقی از نظر قواعد حقوقی صحیح بوده، ضمانت اجرای تخلف از آن، جبران خسارات وارده به متعهدله است؛ ولی این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا اولاً عرف بین سلب حق تمتع و سلب حق اجرا فرق نمی‌گذارد و تفکیک بین این دو مورد در عمل دشوار است؛ ثانیاً نظر یاد شده با قواعد عمومی معاملات فضولی هم سازگار نیست، چه به موجب این قواعد هرگاه کسی بدون داشتن حقی نسبت به مال غیر، معامله‌ای انجام دهد آن معامله غیر نافذ است، نه باطل (ماده ۲۴۷ ق.م.).

نظر دیگری که می‌توان پذیرفت آن است که هر گاه عمل حقوقی که برخلاف تعهد سلب حق انجام شده است مستلزم تجاوز به حق عینی متعهدله نباشد صحیح و نافذ است و دلیلی بر بطلان یا عدم نفوذ آن نیست و ضمانت اجرای آن فقط مطالبه خسارت است. برای روشن شدن مطلب می‌توان این دو فرض را در نظر گرفت:

*فرض اول.* هر گاه سلب و اسقاط حق با انتقال آن به طرف مقابل توأم گردد چنان‌که مالک مالی از طریق انتقال آن به غیر از خود سلب حق نماید و سپس انتقال‌دهنده همان مال را به شخص دیگری بفروشد یا هبه یا صلح کند، در این صورت عمل او فضولی است و صاحب حق می‌تواند آن را تنفیذ یا رد کند، هر چند که سلب حق به صورت سلب حق تمتع باشد، زیرا قواعد عمومی معاملات اقتضا می‌کند که قرارداد مذکور غیر نافذ باشد. اگر غاصب معامله‌ای نسبت به مال مغصوب انجام دهد با اینکه حقی نسبت به آن نداشته، معامله غیر نافذ تلقی می‌شود. پس چرا قراردادی که با نقض تعهد سلب حق، منعقد شده است باطل باشد؟ در حقیقت این مورد مانند معامله نسبت

---

۱. امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۴، ص ۱۵۸ و ۱۵۹.

به مال مغصوب یا یک نوع معامله فضولی است و از لحاظ ضمانت اجرای قرارداد باید تابع حکم معامله نسبت به مال مغصوب یا معامله فضولی باشد.

باید یادآور شد که در غالب موارد، به انتقال حق، در خودِ قرارداد تصریح می‌شود و نیز ممکن است انتقال حق با دلایل دیگر اثبات شود؛ در غیر این صورت اصل، عدم انتقال حق است.

فرض دوم. سلب حق از یک طرف همراه با انتقال آن به طرف دیگر نیست. در این صورت هرگاه شخصی که از خود سلب حق کرده، برخلاف تعهد خود، یک عمل حقوقی انجام دهد، چنان‌که خانه معینی را که حقِ خرید آن را نداشته (سلب حق تمتع) بخرد یا خانه خود را که تعهد به نفروختن آن در برابر طلبکار تا ادای دین داشته (سلب حق اجرا) بفروشد، می‌توان گفت معامله صحیح و نافذ است و تفاوتی بین مورد سلب حق تمتع و سلب حق اجرا نیست، زیرا نه فقط دلیلی بر بطلان چنین معامله‌ای وجود ندارد، بلکه قول به عدم نفوذ آن هم قابل ایراد است؛ چون متعهدله حق عینی نسبت به مال مورد معامله ندارد، علی‌الاصول نمی‌تواند معامله را رد کند و فقط در صورتی که از معامله مزبور زیان دیده باشد، می‌تواند از شخصی که نقض عهد کرده و مرتکب تقصیر شده است مطالبه خسارت نماید؛ به دیگر سخن ضمانت اجرای تخلف از تعهد سلب حق در این گونه موارد، مسئولیت مدنی است نه بطلان یا عدم نفوذ معامله.

برخی از استادان حقوق همین نظر را پذیرفته و در تأیید آن استدلال کرده‌اند که در صورت مردد بودن بین ضمانت اجرای ضعیف و شدید باید ضمانت اجرای خفیف (مسئولیت مدنی) را انتخاب کرد.[1]

**۲۰. ب) ماده ۹۶۰ ق. م.**

ماده ۹۶۰ ق. م. دومین ماده کلی است که در منع سلب حق آمده است. این ماده به ظاهر از بند ۲ ماده ۲۷ ق. م. سویس گرفته شده که چنین مقرر می‌دارد «هیچ‌کس نمی‌تواند آزادی خود را واگذار کند یا از استفاده از آن در حدودی که مخالف قوانین و اخلاق باشد صرف‌نظر نماید».

---

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *حقوق تعهدات*؛ ج ۱، ص ۱۴۹.

این نکات در مورد مادهٔ ۹۶۰ قابل ذکر است:

۱. قلمرو مادهٔ ۹۶۰ از مادهٔ ۹۵۹ گسترده‌تر است؛ زیرا مادهٔ ۹۶۰ آزادیهایی را که جزء حقوق مدنی نیست، مانند آزادی رفت‌وآمد، آزادی بیان و فکر و آزادی شغل، دربر می‌گیرد. پس ماده ۹۵۹ اخص از ماده ۹۶۰ است.

۲. ماده ۹۶۰ خوب تنظیم یا ترجمه نشده و فرق بین قسمت اول و قسمت دوم آن روشن نیست؛ با وجود این با توجه به بند دوم ماده ۲۷ ق. م. سویس، می‌توان گفت مقصود از جمله نخست آن است که هیچ‌کس نمی‌تواند آزادی خود را به دیگری انتقال دهد، زیرا انتقال آزادی به غیر، مساوی با بردگی است. پس اگر تاجری به موجب قراردادی که با رقیب خود می‌بندد تعهد کند که از تجارت دست بکشد و به کار دیگری بپردازد، قرارداد او باطل و کأن لم یکن است. قابل ذکر است که سلب حق، هرگاه به طور کلی باشد، باطل و فاقد ارزش قانونی است و به این دلیل بین دو ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ وحدت ملاک و مبنا وجود دارد؛ بنابراین سلب حریت به طور جزئی ممنوع نیست و خود لازمه آزادی و فعالیت انسان است و انسان به طور طبیعی می‌تواند چنین دخل و تصرفی در آزادیهای خود بنماید و به دیگر سخن آنها را به طور جزئی مورد معامله قرار دهد.

۳. جمله دوم ماده ۹۶۰ درباره سلب آزادی برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

این سلب آزادی چه به موجب قرارداد و چه با عمل حقوقی یک‌جانبه صورت گیرد، باطل و فاقد ارزش حقوقی است. شیوه نگارش ماده حاکی از این است که در جمله مزبور سلب آزادی به طور جزئی مورد نظر است و علت ممنوع بودن آن مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. مفاد ماده ۹۷۵ ق. م.[1]

---

۱. محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد (ماده ۹۷۵).

نیز مفید همین معناست. البته ماده ۹۷۵ قلمرو گسترده دارد و هر گونه قرارداد مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه را، اگر چه متضمن سلب آزادی نباشد، دربرمی‌گیرد.

سلب حق ازدواج، حتی با شخص معین، یا تعهد به اقامت همیشگی در محل معین را می‌توان از این قبیل دانست. البته ضابطه دقیق و روشنی در اینجا وجود ندارد و تشخیص اینکه آیا صرف‌نظر کردن از آزادی برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است یا نه با قاضی است.

۴. تفسیر دیگری که از ماده ۹۶۰ می‌توان کرد این است که بگوییم مراد از جمله اول سلب حق تمتع و مقصود از جمله دوم سلب حق اجراست.

**۲۱. بطلان سلب حق ازدواج در مدت معین**

در بعضی از قراردادهای کار که با زنان منعقد می‌شود (مانند قرارداد استخدام زنان به عنوان مهماندار هواپیما) شرط می‌شود که زن تا مدت معینی (مثلاً پنج سال) ازدواج نکند. مسئله قابل بحث این است که آیا این گونه شرط که یک نوع سلب حق است صحیح است؟ ممکن است گفته شود که در این مورد سلب حق به طور جزئی است که بر طبق ماده ۹۵۹ قانون مدنی مجاز شناخته شده است، لیکن قبول این نظر دشوار است، زیرا:

اولاً، سلب حق در مدت معین در صورتی که مصداق آن مشخص نباشد سلب حق به طور کلی است. به بیان روشن‌تر، ازدواج در مدت معین چون بر افراد و مصادیق متعدد صدق می‌کند یک مفهوم کلی است نه جزئی، پس مشمول منع مقرر در ماده ۹۵۹ است.

ثانیاً، این شرط بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی و مصلحت فردی و اجتماعی است و اغلب شخص را در معرض فساد و روابط نامشروع قرار می‌دهد و بدین دلیل مشمول مواد ۹۷۵ و ۹۶۰ ق. م. و در نتیجه باطل است.

در فرانسه این مسئله در مورد قراردادهای شرکت هواپیمایی ارفرانس مطرح شده و رویه قضایی، آن را برخلاف اخلاق و نظم عمومی و اصل تساوی زن و مرد تلقی و

باطل اعلام کرده است.[1]

باید اضافه کرد که در مورد یاد شده فقط شرط به علت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و به عبارت دیگر به سبب نامشروع بودن باطل است، ولی موجب بطلان قرارداد اصلی نخواهد شد.

## بند چهارم: سلب حق در حقوق اسلامی

### ۲۲. تحریم حلال

در حقوق اسلامی سلب حق، به طور کلی، با عنوان تحریم حلال مورد بحث واقع و نظرهای مختلفی در این زمینه اظهار شده است:

۱. بعضی از فقهای امامیه گفته‌اند سلب حق در صورتی ممنوع است که یک قاعده کلی و حکم جدید ابداع کند و به طورکلی شخص، حلالی را بر خود حرام سازد؛ بنابراین اگر شخص به طور کلی حق تجارت را از خود سلب کند، عمل او باطل است، ولی اگر تعهد کند که در شهر معینی تجارتخانه باز نکند، تعهد او صحیح است.[2] این نظریه با قاعده مندرج در ماده ۹۵۹ ق. م. سازگار است.

۲. نائینی می‌گوید اگر سلب حق نسبت به مصداق معین و در زمانی محدود به عمل آمده باشد بی‌شک صحیح است و اگر نوعی (کلی) و به طور دائم باشد بی‌تردید باطل است و هرگاه نسبت به بعضی از افراد و مصادیق به طور دوام (مانند سلب حق خرید خانه معینی برای همیشه) یا نوعی (کلی) در مدتی محدود باشد (مانند تعهد به عدم ازدواج در مدت پنج سال) مسئله مورد شک است. شیخ انصاری در موارد مشکوک، اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت را قابل اجرا و در نتیجه سلب حق را درست می‌داند، در حالی که نائینی بر آن است که در این‌گونه موارد اصل، عدم نفوذ

---

1. Camerlynck, G. H. et G. Lyon Caen; *Droit du travail*, (Précis Dalloz) 5e ed., Paris: 1963, n. 274, p. 264, Arrêt C.d'Appel de Paris, 3 avril 1963, D.S. 1963, 428, note Rouaste.

۲. جعفری لنگرودی؛ *حقوق تعهدات*؛ ش ۶۷۹ و قمی، میرزا ابوالقاسم بن‌الحسن الجیلانی (معروف به میرزای قمی)؛ *غنائم الایام*؛ ص ۷۳۲.

شرط است و در نتیجه سلب حق باطل است.[1]

۳. بعضی از فقها بین اموال و نفوس (حقوق مالی و حقوق غیرمالی) فرق گذارده‌اند و سلب حق را در حقوق غیر مالی، حتی به طور جزئی، درست ندانسته‌اند. بنابر این نظریه، وکالت بلاعزل که یک نوع سلب حق است در حقوق غیر مالی درست نیست؛ مثلاً اگر کسی به دیگری برای طلاق زوجه خود وکالت بلاعزل دهد یا زنی اختیار ازدواج خود را به دیگری واگذار کند، به گونه‌ای که حق عزل او را نداشته باشد (سلب حق به طور جزئی) شرط مزبور به علت مخالفت با کتاب و سنت، باطل است.[2]

۴. آنچه از مباحث مذکور در شروط ضمن عقد و شرط خلاف سنت برمی‌آید این است که:

اولاً، تحریم حلال در دست شارع مقدس و قانونگذار است، بنابراین از حیطهٔ

---

۱. مرحوم نائینی پس از اینکه می‌فرمایند ممکن است گفته شود التزام و تعهد به ترک مباح (به صورت التزام به ترک مصداقی از آن یا ترک آن به طور مطلق در برهه‌ای از زمان) نه از حیث التزام و نه از حیث ملتزم مخالف کتاب نمی‌باشد، بیان می‌دارند اولیٰ این است در این‌گونه موارد، حسب اقتضای مورد، اصلی تأسیس گردد. شیخ انصاری برخلاف آنچه در اصول پذیرفته، اصل را مشروع بودن شرط و عدم مخالفت آن با کتاب و سنت دانسته است (نائینی، میرزا محمد حسین الغروی؛ *منیة الطالب*؛ ج ۲، ص ۱۰۵).

سپس مرحوم نائینی پس از نقد و بررسی مفصلی که بر نظر شیخ دارند و رد استدلال به استصحاب، در بسیاری از موارد، در پایان چنین نتیجه گیری می‌کنند:

هرگاه در این گونه موارد شک و تردید حاصل شود، مثل اینکه شک شود آیا شرط، مخالف کتاب است یا نه، در این مرحله اصلی وجود ندارد، لیکن از آنجا که این امر ایجاد تردید می‌کند که آیا این شرط نافذ هست یا نه، اصل عدم نفوذ شرط است (اصل مسببی) و مشروط علیه به انجام دادن آن ملزم نمی‌شود «لوشک فی هذه الموارد مثل ان الشرط مخالف للکتاب ام لا، فلا اصل فی تلک المرحله و لکنه حیث یوجب الشک فی نفوذ الشرط فالاصل المسببی ای اصالة عدم نفوذ الشرط و عدم کون المشروط علیه ملزوماً به هوالمحکم»، (*همان*؛ ج ۲، ص ۱۱۱).

همچنین رجوع کنید به: شهابی، محمود؛ *قواعد فقه*؛ ص ۶۳ به بعد.

۲. شعائرالاسلام؛ ص ۵۸، به نقل از: *تأثیر اراده در حقوق مدنی* (رساله دکتری)؛ ش ۶۸۲، ص ۲۵۱.

قراردادهای خصوصی و اختیارات اشخاص خارج می‌باشد.

ثانیاً، سلب و اسقاط حق به طور کلی، از آنجا که مستلزم تحریم حلال می‌باشد، باطل و بلا اثر است.[۱]

ثالثاً، برخی از حقوق حتی به طور جزئی قابل سلب و اسقاط نمی‌باشند، زیرا از جمله احکام (قواعد آمره) به‌شمار می‌آیند (مثل سلب حق ازدواج با شخص معین) و حق به معنای واقعی کلمه نمی‌باشند.[۲]

## مبحث دوم: وجود و ویژگیهای شخص طبیعی

### ۲۳. کلیات و تقسیم موضوع

شخص طبیعی یا فرد انسانی دارای وجودی است که در این دنیا محدود به دو حد تولد و موت است. ممکن است وجود و حیات انسان به علت غیبت مشکوک باشد، در این صورت شخص را غایب مفقودالاثر یا غایب مفقودالخبر گویند (قانون مدنی و قانون امور حسبی، اصطلاح مفقودالاثر را برگزیده است) و قانون‌گذار برای امور مالی و غیرمالی او احکام خاصی مقرر داشته است.

---

۱. نراقی، احمد؛ *عوائد الایام*؛ ص ۴۸.

۲. برخی از فقها موضوع را با بیان دیگری این‌گونه تحلیل فرموده‌اند که «متعلق شرط گاهی قبل از عقد و شرط مباح است و با شرط حرام می‌شود که از صورتهای تحریم حلال محسوب می‌شود، مانند شرط ترک تسری و تزویج که هر دو قبل از عقد زن مشروط لها مباح‌اند و شرط آن دو تحریم حلال به‌شمار می‌آید و گاهی هم پیش از عقد برای مشروط له مباح نیست و به موجب عقد، حلال و جایز می‌شود، مانند شرط عدم اخراج زوجه از شهر که با عقد امکان‌پذیر و حلال می‌شود. پس هر گاه عقدی متضمن ترک آن باشد حلالی ثابت نشده است که شرط تحریم آن شده باشد، بلکه در حقیقت موضوع شرط بر امری که قبل از عقد حلال نبوده واقع شده است؛ بنابراین اخراج زن از شهر، قبل از عقد ازدواج برای رد حلال نیست و علاوه بر این او بر چنین کاری سلطه ندارد ... و همین‌طور است بیع به شرط عدم فروش مبیع و عدم هبه کردن آن ... . جایز بودن چنین کاری با عقد است نه قبل از آن ...، پس چگونه می‌توان آن را از مصادیق تحریم حلال تلقی کرد»، (غروی اصفهانی، شیخ محمدحسین (معروف به کمپانی)؛ *حاشیه مکاسب*؛ ج ۲، ص ۱۴۹).

هر شخص طبیعی دارای خصایصی است که از نظر حقوقی باعث تشخیص و امتیاز او از موجودات و اشخاص دیگر می‌شود مانند نام و اقامتگاه.

احوال شخصیه و وقایع مهم زندگی شخص طبیعی باید در مراجع صلاحیتدار به ثبت برسد. ثبت این احوال و وقایع در اسنادی صورت می‌گیرد که در مواقع لزوم می‌توان برای اثبات احوال شخصیه به آنها استناد نمود. این اسناد را اسناد سجلی یا اسناد ثبت احوال گویند. در حقوق فرانسه اسناد مزبور اسناد وضعیت مدنی[1] نامیده می‌شوند. این اسناد را نیز می‌توان جزء ممیزات اشخاص به‌شمار آورد؛ بنابراین مسائل مذکور در چهار گفتار جداگانه به این شرح مطالعه می‌شوند: بند اول: آغاز وجود شخص طبیعی؛ بند دوم: پایان وجود شخص طبیعی؛ بند سوم: غایب مفقودالاثر؛ بند چهارم: ممیزات شخص طبیعی.

## بند اول: آغاز وجود شخص طبیعی

### ۲۴. شخصیت حقوقی جنین

اصولاً وجود شخص طبیعی از لحاظ حقوقی با تولد او آغاز می‌شود و از این تاریخ است که انسان طرف حق قرار می‌گیرد و از حقوق مدنی و سایر حقوق برخوردار می‌گردد.

ممکن است جنین از لحاظ زیست‌شناسی موجود مستقلی به شمار آید و شخص محسوب گردد، لیکن از نظر حقوقی تا هنگامی که زنده به دنیا نیامده است، شخص مستقلی به‌شمار نمی‌آید و اصولاً نمی‌تواند دارنده حق و تکلیف باشد؛ با وجود این در صورتی که مصلحت اقتضا کند ممکن است جنین حتی قبل از تولد دارای حق گردد، مشروط بر اینکه زنده به دنیا آید. ماده ۹۵۷ ق. م. در این مورد صریحاً مقرر می‌دارد که «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود»؛ بنابراین می‌توان گفت جنین نیز دارای نوعی شخصیت است و

1. actes de l’état civil

می‌تواند صاحب حق باشد؛ مثلاً ممکن است کسی به نفع او وصیت کند و حقی بدین ترتیب برای او ایجاد گردد (ماده ۸۵۱ ق. م.). همچنین جنین طبق قانون، ارث می‌برد (ماده ۸۷۵ ق. م.)[1] و ممکن است برای حفظ و اداره سهم‌الارث او کسی از طرف دادگاه معین گردد که اصطلاحاً امین نامیده می‌شود (ماده ۱۰۳ ق. ا. ح.)، لیکن شخصیت جنین و حقی که برای او ایجاد می‌شود متزلزل است و هنگامی مستقر و پایدار می‌شود که زنده به دنیا آید، اگرچه فوراً بعد از تولد بمیرد؛ بنابراین اگر به فرض، قبل از تولد جنین، پدر او بمیرد، چون حمل دارای نوعی شخصیت است نمی‌توان وجود او را نادیده گرفت بلکه باید سهم‌الارث او را کنار گذاشت.[2] البته در صورتی ارث او قطعی خواهد شد که زنده به دنیا آید و اگر زنده متولد شود و در فاصله کمی بعد از تولد بمیرد حق وی از بین نمی‌رود سهم‌الارث او به وراثش خواهد رسید؛ بنابراین جنین دارای نوعی شخصیت حقوقی است، هر چند که این شخصیت به علت متزلزل بودن حقوقش و نیز به سبب آنکه نمی‌تواند دارای تکلیف باشد ناقص است.[3] متزلزل بودن حقوق جنین و مشروط بودن آن به زنده متولد شدن مبتنی بر فقه اسلامی است[4] و با آنچه در حقوق رم و نظامهای حقوقی

---

۱. ماده ۸۷۵ ق. م. مقرر می‌دارد «شرط وراثت، زنده بودن در حین فوت مورّث است و اگر حملی باشد، در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین‌الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد».

۲. قانون برای احتیاط مقرر می‌دارد که «... باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه هر یک از وراث مراعی است، تا حال حمل معلوم شود»، (ماده ۸۷۸ ق.م.).

۳. *الفقه‌الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ج ۲، المدخل الفقهی العام، ش ۴۱۶ به بعد.

۴. «الحمل مادام حملاً لایرث و ان علم حیاته فی بطن امه ولکن یحجب من کان متأخراً عنه ... ولم یعطوا شیئاً حتی تبین الحال فان سقط حیاً اختص به، وان سقط میتاً یرثوا»، (*تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۳۷۱).

ایشان پس از بیان اینکه سهم دو پسر را برای حمل باقی می‌گذارند می‌فرمایند «لوعلم بالآلات المستحدثه حال الطفل یعزل مقدار نصیبه فلو علم انه واحد و ذکر یعزل نصیب ــــ

منشعب از آن دیده می‌شود متفاوت است؛[۱] بنابراین شایسته است شرایط تمتع جنین از حقوق مدنی (احرازِ وجود جنین و زنده به دنیا آمدن او) را مورد بررسی قرار دهیم.

### ۲۵. احراز وجود جنین

از ماده ۸۷۵ ق. م. مستفاد می‌شود که در صورت تردید در وجود جنین، اصل، عدم (انعقاد نطفه) است و وجود جنین به اثبات نیاز دارد.

در مقررات قانون در باب نسب (مواد ۱۱۵۸ به بعد ق. م.) نص صریحی که حاکی از لزوم و کیفیت اثبات انعقاد نطفه باشد ملاحظه نمی‌شود و این سؤال مهم هنوز باقی است که آیا صرف احتمال وجود حمل کافی است یا اینکه وجود حمل باید ثابت شود. در این زمینه با استفاده از اصل عدم و مواد ۸۷۵ و ۸۷۸ ق. م. باید گفت برای اینکه جنین صاحب حق تلقی شود، باید وجود او ثابت و مسلم باشد. در این زمینه محدودیتی از نظر دلیل نیست و اقرار مادر و سایر ادله اثبات دعوی می‌تواند وجود جنین را ثابت کند.

### ۲۶. ایجاد پاره‌ای تعهدات به نفع جنین معدوم

اصولاً هنگامی تعهد به نفع جنین ایجاد می‌شود که نطفه جنین منعقد شده و وجودش محرز باشد؛ زیرا کسی که هنوز وجود ندارد نمی‌تواند طرف تعهد باشد و درست است

---

← ذکر واحد ... و لو علم ان الحمل اکثر من اثنین یعزل نصیبهم» (*همان*؛ مسائل ۱، ۲، ۳ و ۴). و نیز ر. ک.: سید علی طباطبائی، *ریاض المسائل*، ج ۱۲، ص ۶۲۹.

سایر فرق اسلامی نیز چنین شخصیتی را برای جنین قائل‌اند، لیکن در مقدار حصه‌ای که برای جنین نگه می‌دارند اختلاف دارند (مغنیه، محمد جواد؛ *الفقه علی‌المذاهب الخمسة*؛ ص ۵۲۸ و ۵۲۹).

۱. در حقوق رم و فرانسه زنده به دنیا آمدن جنین برای دارا شدن شخصیت و حق کافی نیست، بلکه باید قابل زنده ماندن (viable) نیز باشد. پس اگر جنین زنده به دنیا آید ولی به علتی قابل زنده ماندن نباشد و به فاصله کمی بمیرد نمی‌تواند حقوقی داشته باشد.

که هیچ‌کس نمی‌تواند به نفع معدوم تعهد کند، در پاره‌ای از موارد به طور استثناء تعهد به نفع جنین معدوم در قانون پیش‌بینی شده و جنین از برخی حقوق می‌تواند بهره‌مند شود، بدون اینکه نطفه او در زمان ایجاد تعهد، منعقد شده باشد. به موجب ماده ۲۴ قانون بیمه، مصوب ۱۳۱۶ زوج می‌تواند حتی پیش از باردار شدن همسر خویش برای فرزندانی که ممکن است در آینده دارا شود، قرارداد بیمه عمر منعقد نماید.[1] قانون مدنی نیز قراردادن حق انتفاع برای معدوم به تبع موجود (ماده ۴۵) و وقف بر معدوم به تبع موجود (ماده ۶۹) را پذیرفته است.[2]

علاوه بر این به عقیده برخی از حقوقدانان وصیت تملیکی به نفع اطفالی که نطفه آنها هنوز منعقد نشده است، به تبع اشخاص موجود، صحیح و معتبر می‌باشد،[3] لیکن برخی از حقوقدانان می‌گویند «با تصریح ماده ۸۵۰ ق. م. به آنکه موصی‌له باید موجود باشد و سکوت (قانونگذار) از ذکر جواز وصیت بر معدوم به تبع موجود، با آنکه در مقام بیان آن بوده است، موردی برای قیاس باقی نمی‌گذارد ...».[4] این نظر با قول مشهور فقهای امامیه هم سازگار است؛[5] هرچند که برخی از فقهای امامیه وصیت تملیکی برای معدوم به تبع موجود را بدون اشکال می‌دانند.[6]

اما در مورد وصیت عهدی، فقهای امامیه و حقوقدانان صحت وصیت به نفع معدوم را پذیرفته‌اند.[7] از آنچه گفته شد معلوم می‌گردد برای اینکه جنین از حقوق مدنی

---

۱. کاتوزیان، ناصر؛ *وصیت در حقوق مدنی ایران*؛ ش ۸، ص ۸۰.
۲. ر.ک.: امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۱، ص ۵۷، ۶۸ و ۷۶.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *حقوق مدنی: وصیت*؛ ش ۳۴۲، ص ۲۷۳ و ۲۷۴. ایشان بعد از نقد نظریه عدم جواز وصیت تملیکی بر معدوم، اظهار نظر می‌کنند که قانون مدنی از قول مشهور (فقهای امامیه) تبعیت کرده است و «رب شهرة لااصل لها»، (همان؛ ص ۲۷۴).
۴. امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۳، ص ۸۱ و چاپ ۱۳۴۲، ص ۶۸.
همچنین رجوع کنید به: وصیت در حقوق مدنی ایران؛ ش ۸۲، ص ۱۱۹ و ۱۲۰.
۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفربن الحسن؛ *شرائع‌الاسلام فی‌مسائل الحلال و الحرام*؛ ج ۲، ص ۴۷۹ و *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۹۶ و *جواهرالکلام*؛ ج ۲۸، ص ۳۶۳.
۶. الکرکی، علی‌بن‌الحسین (معروف به محقق ثانی)؛ *جامع‌المقاصد فی شرح‌القواعد*؛ ج ۱، ص ۵۷۰، به نقل از: جعفری لنگرودی؛ *حقوق مدنی: وصیت*؛ ش ۳۴۲، ص ۲۷۳.
۷. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۸، ص ۳۶۴ و جعفری لنگرودی؛ *حقوق مدنی: وصیت*؛ ص ۲۷۴ و امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۳، ص ۶۸.

متمتع گردد باید وجود او در زمان ایجاد تعهد ثابت و مسلم باشد و فقط به طور استثنایی در مواردی که قانون‌گذار پذیرفته است ممکن است تعهدی به نفع جنین قبل از اینکه نطفه او منعقد شده باشد ایجاد گردد. می‌توان گفت که این‌گونه تعهد، در زمره تعهدات معلق است و اثر آن منوط به وجود جنین می‌باشد.

### ۲۷. زنده متولد شدن جنین

با اینکه با انعقاد نطفه، جنین اهلیت ناقصی به دست می‌آورد و حقوقی متزلزل پیدا می‌کند، اما این حقوق زمانی مستقر می‌گردد که جنین زنده متولد شود. مبدأ برخی از حقوق متعلق به جنین نیز تاریخ زنده به دنیا آمدن است؛ مثلاً مبدأ تعیین سن و تشخیص تابعیت در پاره‌ای از موارد که سیستم خاک را اعمال می‌کنند تولد است (بندهای ۳، ۴ و ۵ مادهٔ ۹۷۶ ق.م. ایران) و همین‌طور در ایجاد تعهدات، تاریخ تولد، مبدأ شخصیت است و قبل از تولد، شخص فاقد تعهد می‌باشد. حتی کسانی که انعقاد نطفه را مبدأ شخصیت حقوقی انسان تلقی می‌کنند استقرار آن را مشروط به زنده متولد شدن کرده‌اند، یعنی حقوقی که حمل در دوران جنینی پیدا می‌کند متزلزل است و با زنده متولد شدن مستقر می‌گردد. در برخی از نظامهای حقوقی قابلیت زنده ماندن هم شرط شده است؛ مثلاً در حقوق اسپانیا، جنین باید ۲۴ ساعت بعد از تولد زنده بماند تا حق او مستقر گردد. در فرانسه مدتی ذکر نشده، ولی جنین هم باید زنده به دنیا آید و هم قابل زنده ماندن باشد تا دارای شخصیت و حق شناخته شود.[۱] در حقوق رم نیز همین قاعده، یعنی شرط قابلیت زنده ماندن پذیرفته شده است، اما در حقوق اسلام جنین از حقوق مدنی متمتع می‌گردد، به شرط اینکه زنده متولد شود ولو اینکه یک لحظه پس از تولد بمیرد؛[۲] به عبارت

---

۱. برای تعیین آغاز شخصیت حقوقی جنین سه نظریه ارائه شده است که یکی مبتنی بر تولد و دیگری مبتنی بر حمل (بارداری) و سومی مبتنی بر قابلیت زیست است. قابلیت زیست در حقوق امریکا هنگامی تحقق می‌یابد که جنین بتواند در خارج از رحم مادر زندگی کند و کارشناسان طب نیز برآن‌اند که این حالت در هفتمین ماه آبستنی پیش می‌آید (ر. ک.: استون، فردیناند اف.؛ *نهادهای اساسی حقوق ایالات متحده امریکا*؛ ش ۱۲۶، ص ۱۳۰).

۲. فقهای اسلام در پاره‌ای از موضوعات نظیر ارث به شرط زنده متولد شدن جنین برای ←

دیگر همین مقدار که ثابت شود طفل زنده به دنیا آمده است، برای استقرار حق کافی است. قانون مدنی ایران نیز همین ضابطه را پذیرفته است (ماده ۹۵۷).

### ۲۸. تولد جنین آزمایشگاهی

امروزه پزشکان و دانشمندان در لقاح مصنوعی موفقیتهایی به دست آورده‌اند، بدین معنی که با استخراج مصنوعی اسپرماتوزئید و اوول (سلولهای نر و ماده) آنها را در خارج از رحم (در محیط آزمایشگاه) و به طریقی غیر طبیعی با هم پیوند می‌زنند و با تلقیح مصنوعی نطفه را تشکیل می‌دهند[1] و آنگاه آن را در داخل رحم مادر قرار می‌دهند. در این فرض اثبات آغاز تکون جنین با سهولت انجام می‌پذیرد. به‌علاوه مراحل بعدی رشد نطفه، مشابه دوران یک جنین طبیعی است و تولد نیز همانند مورد طبیعی آن است؛ اما هرگاه، جنین تا پایان دوران جنینی در محیط خارج از رحم نگهداری شود آیا شرط زنده متولد شدن منتفی خواهد شد؟ پاسخ این است که در این صورت نیز زنده متولد شدن شرط استقرار اهلیت تمتع جنین است و با انقضای حداقل مدت حمل (۶ ماه)، در صورتی که دیگر به محیط خاص آزمایشگاه نیاز نداشته باشد، شرط مذکور محقق می‌شود؛ زیرا زنده خارج کردن از محیط آزمایشگاه در حکم زنده متولد شدن است و نظریه پزشک متخصص در این زمینه تعیین‌کننده است. به عبارت دیگر هرگاه ثابت شود که جنین آزمایشگاهی به طور مستقل در خارج از محیط آزمایشگاه می‌تواند زنده بماند، شخصیت و اهلیت تمتع حقوقی جنین کامل شده، استقرار می‌یابد ولو اینکه پس از خارج کردن از محیط آزمایشگاه بمیرد.

### ۲۹. نظریه حیات تقدیری برای جنین

هرگاه بر اثر خسارت وارده، جنین سقط شود و مرده به دنیا آید، آیا می‌توان خسارات مادی

---

← استقرار حق وی تصریح کرده‌اند (ر. ک.: شرح *لمعه*؛ ج ۲، ص ۲۹۲ و *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، مسئله ۵، ص ۳۷۱).

۱. برای مطالعه تفصیلی احکام و صورتهای لقاح مصنوعی رجوع کنید به: المحمدی، علی محمد یوسف؛ *احکام النسب فی الشریعة الاسلامیة (طرق‌اثباته و نفیه)*؛ ص ۲۰۹ به بعد.

و معنوی وارد به او را مطالبه کرد؟ در پاسخ می‌توان گفت که در این صورت حیات تقدیری برای جنین در نظر می‌گیرند و فرض می‌شود که زنده به دنیا آمده است؛ بنابراین، حق جبران خسارت ـ که یکی از حقوق مدنی است ـ برای جنین وجود دارد و چون جنین سقط شده است، حق مطالبه خسارت مادی برای وراث او موجود خواهد بود. ماده ۸۵۲ق. م. همین نظر را در مورد وصیت پذیرفته است و چون خصوصیتی در وصیت نیست می‌توان این قاعده را به سایر موارد هم گسترش داد. تعیین دیه برای سقط جنین (ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی) را نیز می‌توان با نظریه حیات تقدیری جنین توجیه کرد.

بعضی از حقوقدانان می‌گویند که می‌توان برای ورثه حق مطالبه جبران خسارت معنوی نیز قائل شد، زیرا آنها ادامه‌دهنده شخصیت مورث هستند، ولی این سؤال مطرح می‌شود که خسارت معنوی وارده به جنین چیست؟ اگر درد و رنج را نتوانیم در مورد او بپذیریم، سلب حق حیات را می‌توان نوعی خسارت معنوی دانست. امروزه سلب حق حیات هم از خسارات معنوی به‌شمار می‌آید.

**۳۰. بار اثبات زنده متولد شدن جنین**

هرگاه تحقق شرط زنده به دنیا آمدن جنین، مورد اختلاف باشد، بار دلیل به عهده کیست؟ آیا اصل، زنده به دنیا آمدن جنین است یا زنده به دنیا نیامدن او و از چه دلایلی می‌توان استفاده کرد؟

در پاسخ می‌توان گفت کسی که از زنده به دنیا آمدن طفل منتفع می‌شود باید آن را اثبات نماید، یعنی کسی که ادعای زنده متولد شدن را دارد باید دلیل بیاورد و این دلایل ممکن است مختلف باشد، مثل استهلال (صدای گریه نوزاد بعد از به دنیا آمدن) که شرط حتمی نیست، زیرا ممکن است طفل لال باشد. تنفس و عطسه کردن و یا بازکردن دهان و... نشانه‌های دیگری از حیات هستند که ممکن است با شهادت شهود و یا نظریه کارشناس اثبات گردند.[۱] به هر حال حیات نوزاد امری است که

۱. ارتعاش و لرزش برخی از اعضا و جوارح (تقلص) دلیل زنده متولد شدن نیست، زیرا از لرزش صرف برخی از اعضا نمی‌توان حیات نوزاد را تشخیص داد (ر. ک.: *شرائع‌الاسلام*؛ انتشارات استقلال، ج ۴، ص ۸۱۸).

باید اثبات شود و محدودیتی از لحاظ دلیل در حقوق امروز وجود ندارد و هر یک از ادله اثبات دعوی در این خصوص قابل استفاده است؛ لیکن در حقوق اسلامی آثار حقوقی خاصی بر اینکه حیات نوزاد با یک یا چند شاهد ثابت می‌شود مترتب است.[۱]

ممکن است گفته شود مدعی زنده به دنیا آمدن طفل به ارائه دلیل احتیاج ندارد، زیرا اصل، حیات جنین است و حیات سابق استصحاب می‌شود؛ لیکن این نظر درست نیست، زیرا زنده بودن جنین پیش از تولد مسلم نیست یعنی حالت سابقه یقینی وجود ندارد و در مورد شک و تردید در حیات نمی‌توان آن را استصحاب کرد، چه استصحاب ابقاء ماکان و اثبات ما ثبت است. از طرف دیگر حیات طفل با حیات دوران جنینی متفاوت است و در اینجا نمی‌توانیم حکم به بقای حیات جنینی با استفاده از اصل عملی استصحاب کنیم؛ به دیگر سخن به فرض که حیات جنین قبل از تولد مسلم باشد، چون حیات طفل بعد از تولد با زنده بودن او در دوران جنینی تفاوت دارد، نمی‌توانیم حیات جنینی را استصحاب (ر. ک.: پاورقی ۲، ش ۶۴) نماییم. حیات بعد از تولد را نیز نمی‌توان استصحاب کرد، زیرا حالت سابقه یقینی وجود ندارد. پس اصلی که مدعی زنده متولد شدن را از ارائه دلیل بی‌نیاز کند وجود ندارد؛ اما کسی که مدعی زنده متولد نشدن است دلیلی برای مرده به دنیا آمدن طفل لازم ندارد، زیرا اصل، عدم حیات است، مگر اینکه وجود آن اثبات شود.

---

۱. اگر فقط یک زن شهادت بدهد یک‌چهارم سهم نوزاد و اگر دو زن شهادت دهند یا یک مرد شهادت بدهد، نصف حصه و اگر سه زن یا یک مرد و یک زن شهادت بدهند سه‌چهارم سهم نوزاد به او می‌رسد (*مصباح الوارثین*؛ ص ۱۱ و ۱۵ و *جامع عباسی*؛ ص ۴۷۵ و *مفتاح الکرامة*؛ ج ۸، ص ۱۷، به نقل از: جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *ارث*؛ ش ۱۳۶، ص ۱۰۶).

به عقیده برخی از حقوقدانان مقررات ارث در این زمینه خاص بوده و قواعد عام آیین دادرسی مدنی (ضوابط موجود در کتاب شهادت) نمی‌تواند ناسخ خاص مقدم باشد و در صورت تردید در ورود نسخ، قاعده اصل عدم نسخ اعمال می‌شود (*همان‌جا*).

### ۳۱. حقوق مدنی جنین

در مورد حقوق مدنی جنین، به‌ویژه حق حیات، حق ارث، برخورداری از وصیت، وقف، هبه و نیز حق جبران خسارت وارده به او قابل بحث است.

### ۳۲. حق حیات

یکی از حقوق طبیعی و فطری جنین حق حیات و زنده ماندن او تا هنگام تولد است. به همین دلیل در حقوق اسلام سقط جنین مجاز شمرده نشده و برای مرتکبان عمل سقط، ولو پدر و مادر، حسب مورد، قصاص و دیه مقرر گردیده است.[1]

قانون‌گذار ایرانی نیز به پیروی از عقیدهٔ مشهور فقیهان امامیه، به موجب مواد ۶۲۲ تا ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی، برای سقط جنین کیفر معین کرده است.

بر اساس ماده ۶۲۲ همین قانون «هرکس عالماً عامداً به واسطهٔ ضرب یا اذیت و آزار زن حامله، موجب سقط جنین وی شود علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهد شد».[2]

با وجود این: «سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید

---

۱. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۵۹۷ و خوانساری، سید احمد؛ *جامع‌المدارک فی شرح المختصر النافع*؛ ج ۶، ص ۲۷۸ و موسوی خوئی، سید ابوالقاسم؛ *مبانی تکملة المنهاج*؛ ج ۲، ص ۴۲۰ و ۴۲۱.

۲. همچنین به موجب ماده ۶۲۳ این قانون «هرکس به واسطه دادن ادویه یا وسایل دیگری موجب سقط جنین زن گردد به شش ماه تا یک سال حبس محکوم می‌شود و اگر عالماً و عامداً زن حامله‌ای را دلالت به استعمال ادویه یا وسایل دیگری نماید که جنین وی سقط گردد به حبس از سه تا شش ماه محکوم خواهد شد مگر اینکه ثابت شود این اقدام برای حفظ حیات مادر می‌باشد و در هر مورد حکم به پرداخت دیه مطابق مقررات مربوط داده خواهد شد» و مطابق ماده ۶۲۴ «اگر طبیب یا ماما یا داروفروش و اشخاصی که به عنوان طبابت یا مامایی یا جراحی یا داروفروشی اقدام می‌کنند وسایل سقط جنین فراهم سازند و یا مباشرت به اسقاط جنین نماید به حبس از دو تا پنج سال محکوم خواهند شد و حکم به پرداخت دیه مطابق مقررات مربوط صورت خواهد پذیرفت».

پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مسئولیتی متوجه مباشر نخواهد بود ...» (قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴).

در اعلامیه جهانی حقوق کودک، و قانون ۱۹۷۴ فرانسه و همچنین در قوانین برخی از کشورها نظیر انگلستان، سوئد، دانمارک و اتریش برای جنین حق حیات شناخته شده و تا حدودی از آن حمایت گردیده است؛ لیکن سقط جنین در این کشورها در دوران اولیه زندگی جنین پذیرفته شده است، برای مثال، در فرانسه تحت شرایطی تا پایان دهمین هفته (ماده ۴۰ قانون ۱۹۷۴)، در آلمان تا پایان دوازدهمین هفته و در امریکا تا شش ماهگی سقط جنین مجاز است.[1]

**۳۲/۱. تعارض حق حیات جنین با حیات مادر**

جنین حق حیات دارد و مادر نیز از این حق بهره‌مند است. به‌علاوه مادر مکلف است حق حیات جنین خود را محترم بشمارد و هیچ‌کس حتی مادر نمی‌تواند آسیبی به جنین برساند یا او را سقط کند. قانون‌گذار از این حق حمایت کرده و تجاوز به آن را جرم شمرده و مستوجب مجازات دانسته است. تسبیب در سقط جنین یا مباشرت در آن جرم است و مجازات دارد (مادهٔ ۶۲۴ ق. م. ا.). با وجود این، گاه نگهداری و پرورش جنین برای حیات مادر زیانبار است و سلامت جسمی او را به خطر می‌اندازد. در این صورت، گرچه اصولاً نباید حیات یکی را بر دیگری ترجیح داد، نظر غالب آن است که جنین را می‌توان فدای مادر کرد و مادر را از مرگ نجات داد.

قانون‌گذار ایران نیز سقط جنین را جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده است (ماده ۶۲۲ ق. م. ا.)؛ ولی هرگاه این اقدام برای حفظ حیات مادر باشد، فقط دیه دارد (مادهٔ ۶۲۳ ق. م. ا.) و اگر جنینی پیش از چهار ماهگی (ولوج روح) سقط شود، پزشک مباشر هیچ مسئولیتی ندارد؛ به شرط اینکه مادر جنین آن را تقاضا

۱. ر. ک.: درودیان، حسنعلی؛ جزوه حقوق مدنی یک؛ ش ۱۷، ص ۱۴ و ۱۵.

کرده باشد و سه پزشک متخصص تشخیص قطعی دهند که جنین عقب‌افتاده یا ناقص‌الخلقه و موجب حرج مادر است یا به علت بیماری مادر برای او خطر جانی دارد [قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۰ (ماده واحده)].

**۳۳. ارث**

به موجب ماده ۸۷۵ ق. م.، حمل در صورتی ارث می‌برد که نطفه او هنگام مرگ منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگرچه فوراً بعد از تولد بمیرد. البته برای ارث بردن علاوه بر اثبات انعقاد نطفه قبل از فوت مورث و زنده متولد شدن حمل باید شرایط زیر نیز محقق باشد:

اولاً، عقد صحیحی بین زن و مرد منعقد شده یا اینکه نکاح به شبهه واقع شده باشد.

ثانیاً، نزدیکی بین زوجین صورت گرفته باشد و یا لااقل برطبق اماره فراش[1] نزدیکی مفروض باشد.

ثالثاً، امکان نزدیکی و یا انعقاد نطفه به طریق دیگر موجود باشد.[2]

**۳۴. وصیت**

هرگاه جنین موصی‌له قرار بگیرد، مستفاد از مواد ۸۵۰، ۸۵۱ و ۸۵۲ ق. م. آن است که باید در زمان وصیت نطفه منعقد شده باشد، زیرا «ایجاب در وصیت، انشای تملیک

---

۱. ماده ۱۱۵۸ ق. م. مقرر می‌دارد «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد، کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». این ماده از فقه اسلامی و از قاعده‌ای به نام قاعده فراش گرفته شده است که الولدللفراش و للعاهرالحجر.

برای توضیح بیشتر رجوع کنید به: صفائی، حسین و اسدالله امامی؛ *حقوق خانواده*؛ ج ۲، ش ۳۸ به بعد.

۲. برخی از حقوقدانان برای اثبات نسب با اماره فراش شرایط پنج گانه‌ای را به این ترتیب ذکر کرده‌اند: ۱) تحقق نکاح، ۲) وقوع نزدیکی یا امکان آن، ۳) انقضای حداقل مدت حمل، ۴) عدم تجاوز حداکثر مدت زمان حاملگی، ۵) امکان تولید مثل برای امثال زوج و زوجه (*احکام‌النسب فی الشریعة الاسلامیة (طرق اثباته و نفیه)*؛ ص ۶۲ تا ۱۷۱).

موصی‌به پس از حصول معلق‌علیه است و نمی‌توان مالی را به کسی که موجود نیست تملیک نمود»[۱] و چون نتیجه وصیت تملیکی، تملیک مال به موصی‌له است، پس باید در هنگام وصیت موجود باشد و وصیت برای کسی که بعداً به دنیا خواهد آمد و همچنین برای معدوم به تبع موجود صحیح نمی‌باشد. برخی از حقوقدانان این نوع وصیت را صحیح می‌دانند؛[۲] اما چنان‌که گفته شد (ر.ک.: ش ۲۶) مطابق نظر مشهور فقها، در وصیت تملیکی وجود موصی‌له از شرایط صحت این نوع وصیت است.[۳]

بنابراین اگر مادر در زمان وصیت برای جنین دارای شوهر باشد و در مدت بیشتر از شش ماه یا کمتر از ده ماه از زمان وصیت وضع حمل نماید، با توجه به حداقل و حداکثر مدت حمل، می‌توان فرض کرد که نطفه موصی‌له در حین وصیت منعقد شده بوده و موصی‌له در آن زمان وجود داشته است.[۴]

البته وصیت عهدی به نفع معدوم، صحیح و نافذ است (ر.ک.: ش ۲۶).

### ۳۵. وقف

بعضی از فقیهان امامیه وقف بر حمل را جایز نمی‌دانند[۵] و بنابر این نظر، حمل فاقد اهلیت برای دارا شدن حق انتفاع است و در تأیید آن می‌توان گفت وصیت با وقف متفاوت است. وصیت برای حمل، صحیح است، زیرا وصیت مربوط به آینده است و هنگام وصیت هیچ‌گونه نقل ملکیتی انجام نمی‌شود، در حالی که وقف تسلیط بر ملک

---

۱. امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۳، ص ۸۱.
۲. جعفری لنگرودی؛ حقوق مدنی: وصیت؛ ص ۲۷۳ و ۲۷۴ و *وصیت در حقوق مدنی ایران*؛ ش ۸۰ ص ۸۰
۳. الحلی، ابی‌طالب محمدبن الحسن بن یوسف بن المطهر (معروف به فخر المحققین)؛ *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*؛ ج ۲، ص ۴۸۱ و ۴۸۲.
۴. ر.ک.: جعفری لنگرودی؛ حقوق مدنی: وصیت؛ ص ۲۷۵ و ۲۷۶ و *ایضاح الفوائد*؛ ج ۲، ص ۴۸۱.
۵. *تحریر الوسیلة*؛ ج ۲، ص ۷۰، مسئله ۳۵ و *ایضاح الفوائد*؛ ج ۲، ص ۳۸۵ و الحلی، ابی‌جعفر محمدبن منصور بن احمد بن ادریس (معروف به ابن ادریس)؛ *کتاب السرائر*؛ ج ۳، ص ۱۵۶.
همچنین رجوع کنید به: امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۷۶.

انتفاع در زمان وقف است (ملک اعم است از ملک عین و منفعت و حق انتفاع)؛ بنابراین، اهلیت موقوف‌علیه برای تملک ضروری است و جنین فاقد این اهلیت است، اما این استدلال قابل خدشه است و می‌توان گفت در حقوق امروز دلیل کافی بر عدم اهلیت جنین در این مورد وجود ندارد. از طرف دیگر می‌توان گفت وقتی که وقف برای کسانی که بعداً به وجود می‌آیند جایز باشد (ماده ۶۹ ق. م.) به طریق اولیٰ وقف بر حمل جایز است اطلاق ماده ۹۵۷ ق. م. نیز مؤید این است که جنین حق تمتع از وقف را داراست.

**۳۶. هبه**

آیا جنین اهلیت تمتع از هبه را دارد و به دیگر سخن آیا می‌توان مالی را به جنین بخشید؟ ظاهراً در فقه این مسئله مورد بحث واقع نشده است، ولی با عنایت به اطلاق ماده ۹۵۷ ق. م. می‌توانیم چنین حقی را برای جنین بشناسیم و بگوییم هبه شبیه وصیت است و تعهدی برای حمل ایجاد نمی‌کند (منظور هبه غیر معوض است). ممکن است ایراد شود که هبه، عقد است و عقد دو طرف، لازم دارد و چون جنین نمی‌تواند طرف عقد واقع شود، پس نمی‌تواند متهب باشد. پاسخ آن است که جنین نماینده قانونی دارد و نماینده او می‌تواند هبه را قبول و قبض کند. اگر جنین، ولیّ قهری داشته باشد، او اقدام لازم را به عمل می‌آورد وگرنه برای جنین نصب امین می‌شود، چنان‌که در قانون امور حسبی پیش‌بینی شده است (ملاک بند ۱، ماده ۱۰۳)؛ اما استقرار این حق نیز مشروط به زنده متولد شدن جنین است.

**۳۷. خسارات وارد شده بر جنینی که ناقص متولد شده است**

هرگاه بر اثر زیان وارد شده بر جنین، طفلی ناقص به دنیا آید، آیا می‌توان از طرف او و به نمایندگی از او مطالبه خسارت کرد؟ در آراء قدیمی کامن لو حق مطالبه خسارت در این مورد شناخته نشده بود و به طور کلی آراء قدیمی، چه در انگلیس و چه در امریکا، برای طفل، حق مطالبه خسارت راجع به دوران جنینی قائل نبودند و دلایلی به شرح ذیل برای آن ارائه می‌کردند:

۱) برای طفل قبل از تولد شخصیت حقوقی وجود ندارد؛ ۲) جنین وجود مستقلی ندارد و جزء لاینفک مادر است؛ ۳) نتایج حاصله آن‌قدر دور است که

نمی‌تواند مبنای مطالبه خسارت واقع شود. بعضی از دادگاهها با عبارات دیگری همین مطلب را ذکر کرده‌اند. برخی دیگر گفته‌اند اثبات وجود قابل زیست بودن جنین، دشوار است و بعضی گفته‌اند اثبات رابطه سببیت دشوار است.[۱]

از سال ۱۹۲۳ به‌تدریج رویه قضایی در امریکا تغییر کرد و مطالبه خسارت را در این مورد پذیرفتند. همه دادگاههایی که به‌تازگی این مسئله را مورد رسیدگی قرار داده‌اند راه حل مساعدی در این زمینه پذیرفته‌اند. حقوقدانان امریکا با این نظر موافق‌اند و در اینکه شخصیت حقوقی جنین را برای دارا شدن حق مالکیت بشناسند دلیلی نمی‌بینند، اما از شناسایی این شخصیت برای مطالبه خسارت خودداری نمی‌کنند.[۲]

در حقوق ایران به نظر می‌رسد که با توجه به قاعده کلی مندرج در ماده ۹۵۷ ق. م. همین راه حل قابل قبول است، زیرا حق جبران خسارت هم از جمله حقوق مدنی است؛ بنابراین نماینده قانونی جنین می‌تواند جبران خسارات را مطالبه کند و اگر مطالبه نکرد، خود طفل پس از رسیدن به سن قانونی می‌تواند جبران خسارت وارد در دوران جنینی را مطالبه نماید.

## بند دوم: پایان وجود شخص طبیعی

### ۳۸. موت طبیعی

وجود اشخاص طبیعی با مرگ پایان می‌یابد. انسان با مرگ شخصیت خود را از نظر

---

۱. به استناد ادله یاد شده، دادگاههای ایلینویز (Illinois)، رود آیلند (Rhode Island)، آلاباما، میشیگان، تگزاس، میسوری (Missouri)، ویسکانسین (Wisconsin) و ایالت نیویورک از شناختن چنین حقی برای جنین خودداری کردند و دادگاههای ماساچوست بر آن بودند که چون جنین جزء لاینفک مادر است، فقط مادر می‌تواند مطالبه خسارت کند.

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *نهادهای اساسی حقوق ایالات متحده امریکا*؛ ص ۱۳۲ و ۱۳۳ به بعد.

۲. *همان*؛ ص ۱۳۴.

همچنین رجوع کنید به: مبحث شرایط اجرای نظریه جدید، ص ۱۳۶ به بعد.

حقوقی از دست می‌دهد و دیگر نمی‌تواند مانند شخص زنده صاحب حق و تکلیف باشد. با وجود این، کالبد بی‌جان انسان شایسته احترام است و از این رو باید به خاک سپرده شود. نبش قبر از نظر شرع و قانون جرم شناخته شده است.[۱] به‌علاوه قانون از آثار فکری شخص مرده با پاره‌ای شرایط حمایت می‌کند (ر.ک.: ش ۱۵).

**۳۹. حقیقت موت**

مرگ یک پدیده طبیعی و زیست‌شناسی است «و به از بین رفتن قطعی و برگشت‌ناپذیر اعمال قلبی، عروقی و تنفسی، و حس و حرکت گفته می‌شود، چه فقدان قطعی آنهاست که بر مرگ حتمی سلولهای مغزی که قاطع‌ترین علامت مرگ است صحه می‌گذارد».[۲] تشخیص مرگ امروزه در صورت بروز اختلاف، با کارشناس است و عرف پزشکی صلاحیت اظهار نظر قاطع در این زمینه را داراست.

از کار افتادن قلب و از بین رفتن حرکات تنفسی از نشانه‌های بارز مرگ به شمار می‌آیند؛ اما با پیشرفت دانش پزشکی در پاره‌ای از موارد با اینکه ظاهراً شخص مرده به نظر می‌آید، پزشکان می‌توانند قلب و تنفس او را به فعالیت مجدد باز گردانند. علت این امر در این است که سلولهای مغزی دیرتر (به طور متوسط ۴ـ ۵ دقیقه) از اعضای دیگر بدن می‌میرند و در فاصله کوتاهی که بین از کار افتادن قلب و حرکات تنفسی و مرگ حتمی سلولهای مغزی وجود دارد، امکان بازگرداندن مجدد علائم حیات وجود دارد.[۳]

**۴۰. حیات بدون فعالیت یا زندگی خفیف**

چنان‌که اشاره شد، مرگ طبیعی با از کار افتادن کامل سلولهای مغزی از فعالیت

---

۱. *مبانی تکملة المنهاج*؛ ج ۱، ص ۳۴۲، مسئله ۲۸۷ و شرح *لمعه*؛ ج ۲، ص ۳۵۸ و ۳۵۹.
همچنین رجوع کنید به: ماده ۶۳۴ قانون مجازات اسلامی.

۲. قضایی، صمد؛ پزشکی *قانونی*؛ ص ۳۰.
همچنین رجوع کنید به: گودرزی، فرامرز؛ پزشکی *قانونی*؛ ص ۱ به بعد.

۳. ر.ک.: قضایی؛ پزشکی *قانونی*؛ ص ۳۱ و گودرزی؛ پزشکی *قانونی*؛ ص ۲.

تحقق پیدا می‌کند و قبل از این مرحله امکان بازگرداندن آثار حیات به شخصِ به ظاهر مرده وجود دارد؛ بنابراین هرگاه شخص در یک بیهوشی طولانی (کوما) به‌سر برد، نباید او را مرده پنداشت و آثار و احکام شخص مرده درباره چنین کسی جاری نمی‌شود. از این گذشته امروزه در علم پزشکی بحث جدیدی آغاز شده است: ممکن است برخی از افراد را که بیماری صعب‌العلاجی دارند یا اشخاصی را به هر دلیل دیگر، تحت شرایط ویژه‌ای منجمد کنند و در آزمایشگاه نگاه دارند و پس از مدتی مجدداً آنها را از حالت انجماد خارج نموده، به حالت طبیعی باز گردانند.[۱]

در صورتی که چنین توفیقی در علم پزشکی حاصل شود، می‌توان گفت که شخص مورد نظر به مرگ طبیعی نمرده است و در نتیجه آثار و احکام شخص مرده را نمی‌توان در خصوص وی به مورد اجرا گذاشت. در صورت تردید، اصل، بقای حیات او می‌باشد و خلاف آن به اثبات نیاز دارد.

### ۴۱. اقسام موت

در قوانین پیشین جهان، علاوه بر موت طبیعی، موت حکمی یا مدنی نیز وجود داشت. در حقوق سابق فرانسه، انسان در صورت ارتکاب بعضی از جنایات محکوم به موت مدنی می‌شد، به این معنی که شخصیت خود را از دست می‌داد، با اینکه هنوز در قید حیات به سر می‌برد. در حقوق اسلام بنابر قول مشهور فقهای امامیه نیز چنین قاعده‌ای در مورد مرتد فطری وجود دارد:

مرتد فطری، اگر مرد باشد، (کسی که لااقل یکی از والدینش مسلمان است و خود با اینکه مسلمان به دنیا آمده، پس از بلوغ و اظهار اسلام از اسلام برمی‌گردد) به اعدام محکوم می‌شود و اگر زنده بماند، در حکم مرده است، توبه او قبول نمی‌شود و شخصیت خود را از دست می‌دهد و بدین جهت اموالش باید بین وراث تقسیم شود.

---

۱. در امریکا اجساد پیروان پروفسور اتینگر معروف را در سرمای شدید ازت مایع (منهای ۱۷۶ درجه) نگهداری می‌کنند تا روزی که امکانات علمی به بشر اجازه داد، آنها را دوباره زنده کنند (قضایی؛ *پزشکی قانونی*؛ ص ۵۵ و ۵۶).

ازدواج او نیز منحل می‌گردد و زنش می‌تواند پس از انقضای عده وفات، شوهر کند.

اگر مرتد فطری زن باشد، توبه‌اش قبول می‌شود و هرگاه توبه نکند به حبس ابد محکوم می‌گردد؛[۱] اما مرتد ملّی (کسی که کافر به دنیا آمده، ولی پس از رسیدن به سن بلوغ مسلمان شده و آنگاه از اسلام برگشته است) توبه داده می‌شود و اگر توبه نکرد، اعدام می‌شود و شخصیت حقوقی او از زمان مرگ زایل می‌گردد.[۲]

در حقوق جدید، موت حکمی یا مدنی شناخته نشده، اما قانون‌گذار نهادی به نام موت فرضی پیش‌بینی کرده است. موت فرضی مربوط به کسی است که غیبت طولانی کرده و حیات او مشکوک باشد و در این صورت با شرایطی که در قانون مقرر شده است، حکم موت فرضی صادر و اعلام می‌گردد. موت فرضی مربوط به غایب مفقودالاثر است.

### ۴۲. تعیین زمان موت

تعیین زمان موت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا تا این لحظه اصل، بقای حیات و شخصیت است. پس زوال آن باید محرز و مسلم گردد و با شک و تردید نمی‌توان کسی را مرده پنداشت. از لحاظ حقوقی آثار مهمی بر تشخیص موت مترتب می‌گردد که در شماره بعد به بررسی آن می‌پردازیم.

### ۴۳. آثار حقوقی مترتب بر موت

با تحقق هر یک از اقسام موت، آثار حقوقی مهمی بر آن مترتب می‌گردد. ما این آثار

---

۱. شرح *لمعه*؛ ج ۲، ص ۳۶۸ و ۳۶۹ و شهید ثانی، زین‌الدین علی‌بن احمد؛ *مسالک الافهام*؛ ج ۲، کتاب الحدود.

۲. شرح *لمعه*؛ ج ۲، ص ۳۶۸ و ۳۶۹.
همچنین رجوع کنید به: *تحریر الوسیلة*؛ ج ۲، ص ۳۶۶، ۳۶۷ و ۴۹۴ و *جواهر الکلام*؛ ج ۴۱، ص ۶۰۰ به بعد و *مبانی تکملة المنهاج*؛ ج ۱، ص ۳۲۴ به بعد و *شرائع‌الاسلام*؛ ج ۴، ص ۱۳۸ به بعد.

را به اختصار مورد بررسی قرار می‌دهیم:

**الف) تعیین ورثه.** طبق ماده ۸۷۵ ق. م.، شرط وراثت زنده بودن وارث در حین فوت مورث است و کسانی که پیش از او فوت می‌کنند یا هنوز در حین فوت متوفی حداقل نطفهٔ آنها منعقد نشده است جزء ورثه به‌شمار نمی‌آیند؛[1] بنابراین هم مردگان و مردگان در یک حادثه اصولاً از یکدیگر ارث نمی‌برند (ماده ۱۰۲۴ ق. م.). هرگاه دو نفر که بین آنها رابطهٔ توارث وجود دارد، بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد (ماده ۸۷۴ ق. م.).[2]

**ب) تعیین زمان انتقال قهری اموال و دارایی به ورثه و موصی‌له.** به موجب ماده ۸۶۷ ق. م.، «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می‌کند». به دستور ماده ۸۶۸ همین قانون مالکیت ورثه نسبت به ماترک متوفی متزلزل است و با پرداخت دیون و ادای حقوقی که به ترکه میت تعلق گرفته است مستقر می‌گردد و نیز تعهداتی که قائم به وجود شخص متوفی می‌باشد ساقط می‌شود و تعهداتی که قائم به وجود شخص متوفی نمی‌باشد از همین تاریخ به ورثه منتقل می‌گردد[3] و حتی قبول ترکه شرط انتقال نخواهد بود.

**ج) حال شدن دیون متوفی.** با فوت طبیعی شخص و یا صدور حکم موت فرضی او، تمامی دیون مدت‌دار وی حال می‌گردند (ماده ۲۳۱ ق. ا. ح. مصوب ۱۳۱۹).[4]

**د) انحلال نکاح.** با مرگ زوج یا زوجه عقد نکاح منفسخ می‌شود.

**ه) تعیین ابتدای عده زوجه متوفی.** زن متوفی باید به مدت چهار ماه و ده روز،

---

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: جعفری لنگرودی؛ *ارث*؛ ج ۱، ش ۷۲ به بعد، ص ۶۵.

۲. *همان*؛ ج ۱، ش ۱۴۱ به بعد، ص ۱۱ و *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۴۰۰ و ۴۰۱.

۳. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۳، ص ۱۹۱ و جعفری لنگرودی؛ *ارث*؛ ج ۱، ش ۵۲ به بعد، ص ۵۰ و ۵۱.

۴. این ماده بر فقه امامیه مبتنی است (ر. ک.: *شرح لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۰۱ «و تحل الدیون الموجّلة اذا مات المدیون ...»).

عده وفات نگاه دارد[1] (ماده ۱۱۵۴ ق. م). احتساب این عده و شروع آن از تاریخ فوت شوهر است. اگر این تاریخ پس از مدتی به اطلاع زن برسد مطابق قول مشهور فقهای امامیه، از تاریخی که خبر فوت به زن می‌رسد زمان عده آغاز می‌گردد.[2]

## بند سوم: غایب مفقودالاثر[3]

### ۴۴. کلیات

غایب مفقودالاثر ـ یک اصطلاح حقوقی است که مقنن در قانون مدنی و قانون امور حسبی بارها از آن استفاده نموده است[4] ـ شخصی است که مدت بالنسبه مدیدی از اقامتگاه و محل سکونت خویش دور شده است و هیچ‌گونه خبری از او در دست نیست. درفقه چنین غیبتی را غیبت منقطعه می‌گویند[5] و کسی که به این نحو غیبت نموده غایب مفقودالخبر نیز نامیده شده است. با توجه به تعریفی که قانون مدنی از چنین شخصی به دست داده است انتخاب اصطلاح مفقودالاثر برای معرفی این شخص خالی‌از اشکال نیست، زیرا به‌هر حال اثر و نشانه‌ای از او باقی مانده است. اموال و فرزندان و زوجه وی از جمله آثار و موضوعاتی هستند که در زمان غیبت مورد بحث قرار می‌گیرند و اگر غایب هیچ‌گونه اثری از خود به جای نگذارده باشد، بحث حقوقی مفید و مؤثری درباره او مطرح نمی‌گردد.

بنابراین اطلاق غایب مفقودالخبر به این چنین اشخاص مناسب‌تر است، ولی ما به تبعیت از قانون مدنی اصطلاح مفقودالاثر را به‌کار خواهیم برد و گاهی برای رعایت اختصار به جای آن از واژه غایب استفاده خواهیم کرد. البته غایب در لغت معنی عامّی دارد و به کلیه کسانی که در محل معینی حضور ندارند صدق می‌کند و استعمال غایب در معنای مورد نظر از باب استعمال عام و اراده خاص می‌باشد؛ مثلاً کسانی که به هر علتی

---

۱. «والذین یتوفّون منکم ویذرون ازواجاً یتربّصن بانفسهنّ اربعة اشهر و عشراً ...»، بقره، ۲۳۴.

۲. صفائی، حسین و اسدالله امامی؛ *حقوق خانواده*؛ ج ۱، چ ۱۰، ۱۳۸۵، ش ۱۰۱، ص ۱۱۷.

۳. برای مطالعهٔ بیشتر رجوع کنید به: قاسم‌زاده، سیّدمرتضی؛ *امور حسبی، غایب مفقودالاثر*، ققنوس، ۱۳۸۰.

۴. مواد ۱۰۱۱ تا ۱۰۳۰ ق.م. و ۱۲۶ تا ۱۶۱ ق.ا.ح.

۵. *شرائع‌الاسلام*؛ ج ۴، ص ۸۱۸.

از جلسه دادرسی غایب‌اند، اما در مکان معینی به سر می‌برند و غایبین دیگر که مجهول‌المکان هستند، اما خبر آنها به نحوی از انحا واصل می‌شود خارج از شمول عنوان مورد نظر هستند. می‌توان گفت نسبت بین غایبین مفقودالاثر و این‌گونه افراد عموم و خصوص مطلق است، بدین معنی که تمامی کسانی که غایب مفقودالاثرند از جلسه دادرسی غایب‌اند یا مجهول‌المکان هستند، اما ممکن است شخصی از جلسه دادرسی غایب یا مجهول‌المکان باشد، ولی مفقودالاثر محسوب نشود.

**۴۵. تعریف و عناصر آن**

به موجب ماده ۱۰۱۱ ق. م. «غایب مفقودالاثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد». با توجه به این تعریف شرایط تحقق مفهوم حقوقی غیبت از قرار ذیل است:

**الف) غیبت.** نخستین عنصر تعریف حقوقی غایب، غیبت است، یعنی غیبت از اقامتگاه (محل سکونت یا محل کار) که همان مرکز مهم امور شخص می‌باشد. غیبت در مقابل حضور به کار می‌رود. چون هیچ‌گونه اطلاعی از شخص غایب در دسترس نیست، بحث از قرب و بعد مکانی موضوعاً منتفی است، زیرا در صورت معلوم بودن مکان فرد، عنوان غایب بر وی صدق نمی‌کند و چنین شخصی از شمول مقررات غایب مفقودالاثر خارج است. به طور خلاصه غیبت از اقامتگاه قانونی از مهم‌ترین عناصر تعریف مورد نظر می‌باشد.

**ب) انقضای مدت نسبتاً طولانی.** اگر شخصی برای مدت کمی از اقامتگاه خود دور شده باشد هر چند که هیچ‌گونه خبری از وی در دسترس نباشد غایب مفقودالاثر نیست. همسر وی نمی‌تواند تقاضای طلاق کند و در خصوص اموال او هم نمی‌توان مقررات مربوط به غایب را به مورد اجرا گذاشت. حتی اگر غیبت شخصی طولانی باشد، اما از نظر عرف بلد، مراجعت غایب قطعی و مسلم باشد، چنین شخصی غایب مفقودالاثر نیست. البته ملاک و معیار مشخصی برای کوتاه یا طولانی بودن زمان غیبت ارائه نشده است. به نظر می‌رسد که تشخیص موضوع

باید به عرف واگذار شود. با توجه به اینکه تشخیص و نظر عرف نسبت به این امر در شرایط مختلف و به اعتبار ازمنه و امکنه متغیر و متفاوت است، دادگاهها در خصوص مورد، با توجه به عرف اظهار نظر خواهند نمود؛ بنابراین تعیین زمان مشخصی از پیش لازم و مناسب نیست.

**ج) فقد خبر حیات یا ممات غایب.** مهم‌ترین عنصری که در تعریف غایب در نظر گرفته شده است بی‌اطلاعی از وضعیت غایب و فقدان اطلاعات مربوط به زنده یا مرده بودن غایب است که تقریباً در تمامی تعاریف فقهی و حقوقی با مختصر اختلاف در تعبیر نیز گنجانده شده است. بدیهی است که در صورت معلوم بودن وضع غایب و وصول اخباری مبنی بر حیات یا ممات وی، عنوان غایب مفقودالاثر صادق نیست و مطابق مقررات مربوط عمل خواهد شد. اگر مرگ طبیعی‌اش مشخص شود، یا اینکه به استناد ادله قطعی و یا قراین مفید علم (علم عادی) حیات او محرز و مسلم گردد، در هر دو مورد تکلیف قضیه روشن است و حسب مورد، احکام شخص مرده و یا زنده در خصوص وی اعمال خواهد شد؛ مثلاً اگر شخصی از محل ناشناخته‌ای مبادرت به ارسال نامه نموده، یا تلفنی با اطرافیان و اقربای خویش تماس حاصل نماید که آنها علم به زنده بودن وی پیدا کنند، اما به هیچ وجه مکان و محل اقامت او را نشناسند، یا اینکه اسیر جنگی از طریق مراجع ذی‌صلاح بین‌المللی زنده بودن خود را خبر دهد و یا خودِ آن مراجع شخصاً اسم او را منتشر و اعلام کنند، هر چند که نام او از طرف دشمن جزء اسرا اعلام نشود و از مکان حضور وی نیز اطلاع دقیقی در دست نباشد، چنین افرادی با اینکه از اقامتگاه قانونی خود غایب و دور هستند، به دلیل اینکه زنده بودن آنها معلوم است، غایب مفقودالاثر نمی‌باشند و احکام و مقررات خاص غایب مفقودالاثر درباره آنان به مورد اجرا گذاشته نمی‌شود؛ بنابراین اموال و دارایی اشخاص مذکور مثل گذشته در ملکیت خودشان باقی و رابطه زوجیت آنها با همسرانشان همچنان برقرار است و آنان حق تقاضای طلاق به علت غایب مفقودالاثر بودن شوهر را ندارند، هر چند که مدت نسبتاً طولانی هم از غیبت آنها گذشته باشد.

**۴۶. تقسیم موضوع**

غایب مفقودالاثر دارای وضع حقوقی خاصی است و حقوق و تکالیف ویژه‌ای در قانون برای او مقرر شده است. ما این حقوق و تکالیف را با دو عنوان الف) امور مالی غایب و ب) امور غیر مالی غایب مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

**الف) امور مالی غایب**

**۴۷. مراحل مختلف**

برای امور مالی غایب پنج مرحله مجزا از هم را می‌توان در نظر گرفت: مرحله اول: وضع حقوقی غایب بدون مداخله دادستان و نصب امین؛ مرحله دوم: حفظ اموال غایب قبل از تعیین امین؛ مرحله سوم: نصب امین برای اداره اموال غایب؛ مرحله چهارم: دادن اموال به تصرف موقت ورثه؛ مرحله پنجم: حکم موت فرضی غایب و دادن اموال به تصرف قطعی ورثه.

**مرحله اول: وضع حقوقی غایب بدون مداخله دادستان و نصب امین**

**۴۸. اداره اموال غایب به وسیله نماینده قراردادی**

ممکن است امور غایب به وسیله نماینده قراردادی او (وکیل) اداره شود. در صورتی‌که تکلیف اداره اموال غایب از طرف خود وی تعیین شده باشد، معمولاً مشکلی در اداره اموال به‌وجود نمی‌آید، زیرا همان‌طور که اشخاص می‌توانند به طور مستقیم و مباشرتاً اجرای حق نمایند و تکالیف قانونی خود را انجام بدهند، می‌توانند به طور غیرمستقیم و از طریق انتخاب نماینده نسبت به موارد یاد شده اقدام کنند. به طور کلی لازم نیست که اشخاص همواره شخصاً اعمال حقوقی انجام دهند و از این طریق به امور زندگی خویش بپردازند، بلکه اصولاً می‌توانند کلیه قراردادها و اعمال حقوقی را به وسیله وکیلی منعقد نمایند. ماده ۱۰۱۲ ق. م. با عبارت «اگر غایب مفقودالاثر برای اداره اموال خود تکلیفی معین نکرده باشد» به فرض بالا اشاره کرده است وهمین اشاره در ماده ۱۰۲۵ ق. م. و ماده ۱۴۰ ق. ا. ح.

هم دیده می‌شود. بنابراین اگر غایب برای اداره اموال خود وکیلی تعیین کرده باشد، دادستان و دادگاه در امور او مداخله نخواهند کرد؛ یعنی برای اداره اموال غایب به نصب امین و نیز دادن اموال به تصرف موقت ورثه اقدام نخواهد شد،مگر اینکه نماینده مزبور فوت کند یا صلاحیتش برای اداره اموال زایل گردد (ماده ۱۴۰ ق. ا. ح.).

**۴۹. اداره اموال غایب به وسیله نماینده قانونی**

وضع دیگری که در آن به طور معمول امین نصب نمی‌شود و مقام قضایی مداخله نمی‌کند، این است که علی‌رغم عدم تعیین تکلیف از طرف غایب، اشخاصی وجود دارند که به حکم قانون حق تصدی امور او را دارند؛ چنان‌که هرگاه غایب، صغیر یا سفیه یا مجنون باشد، به دستور قانون مدنی، ولیّ یا قیم حق تصدی و اداره امور زندگی او را خواهند داشت (مواد ۱۱۸۰ و ۱۲۱۸ ق. م.). در این موارد، اِعمال ولایت از طرف ولیّ یا قیم تا زمان مرگ طبیعی غایب یا صدور حکم موت فرضی وی ادامه خواهد داشت.

**مرحله دوم: حفظ اموال غایب قبل از تعیین امین**

**۵۰. وظیفه دادستان**

برای حفظ و ادارهٔ اموال غایب، بعد از اینکه مفقودالاثر بودنش محرز شد، امینی به‌وسیلهٔ دادگاه با شرایطی که خواهیم گفت، تعیین خواهد شد، لیکن باید دانست در فاصلهٔ بین غیبت و نصب امین به وسیلهٔ دادگاه حفظ اموال غایب به عهده کیست؟ اگر اقدامی در این زمینه از طرف مقامات عمومی به عمل نیاید، ممکن است اموال غایب در این فاصله نابود گردد و خساراتی به وی وارد آید و حتی ممکن است غایب از هستی ساقط شود؛ بنابراین قانون‌گذار حفظ و نظارت اموال غایب را تا تعیین امین به عهده دادستان، که حافظ منافع جامعه می‌باشد، واگذار کرده است.

ماده ۱۱۳ ق. ا. ح. در این باره مقرر می‌دارد «حفظ و نظارت اموال در مواردی که محتاج به تعیین امین است مادام که امین معین نشده به عهده دادستانی است که اموال در حوزه او یافت می‌شود»؛ بنابراین دادستان باید شخصاً یا به وسیله نماینده خود اقدامات لازم را برای حفظ اموال غایب به عمل آورد، مثلاً آنها را مهروموم کند، اموال ضایع شدنی را بفروشد، طلب او را وصول کند.

هرگاه غایب مفقودالاثر در خارج ایران اموالی داشته باشد، حفظ و نظارت اموال مزبور تا تعیین امین به عهده مأموران کنسولی خواهد بود و وظایف و اختیارات آنان همان است که برای دادستانها مقرر است (ماده ۱۱۵ ق. ا. ح.).

**مرحله سوم: نصب امین برای اداره اموال غایب**

**۵۱. شرایط نصب امین**

مرحله سوم در اداره امور مالی غایب نصب امین برای اداره اموال اوست. در این مرحله چون احتمال زنده بودن غایب زیاد است، قانون‌گذار در درجه اول حفظ منافع غایب و جلوگیری از حیف و میل اموال او را در نظر داشته و بدین جهت برای اداره اموال او تعیین شخص مورد اعتمادی را به عنوان امین پیش‌بینی کرده است.

طبق ماده ۱۰۱۲ ق. م. «اگر غایب مفقودالاثر برای اداره اموال خود تکلیفی معین نکرده باشد و کسی هم نباشد که قانوناً حق تصدی امور او را داشته باشد محکمه برای اداره اموال او یک نفر امین معین می‌کند. تقاضای تعیین امین فقط از طرف مدعی‌العموم و اشخاص ذی‌نفع در این امر قبول می‌شود»؛ بنابراین دادستان یا اشخاص ذی‌نفع از قبیل وراث و بستانکاران می‌توانند از دادگاه شهرستان تقاضای نصب امین برای اداره اموال غایب بنمایند، مشروط بر اینکه:

اولاً، غایب مفقودالاثر برای اداره اموال خود تکلیفی معین نکرده باشد؛ بنابراین اگر غایب به کسی برای اداره امور مالی خود وکالت داده باشد نمی‌توان

اقدام به‌نصب امین کرد.

ثانیاً، کسی هم نباشد که قانوناً حق تصدی امور او را داشته باشد؛ بنابراین اگر غایب، صغیر یا مجنون یا سفیه بوده و ولیّ یا قیم داشته باشد نمی‌توان برای اداره اموال او امینی تعیین کرد، زیرا ولیّ یا قیم قانوناً مکلف به اداره امور مالی مولی‌علیه خود هستند و نیاز نیست که شخص دیگری بدین منظور تعیین گردد.

چون منظور از تعیین امین در این مرحله در درجه اول حفظ اموال غایب و جلوگیری از حیف و میل آن است، قانون‌گذار به دادگاه اختیار داده است که از امینی که تعیین می‌کند ضامن بگیرد یا تضمینات دیگری مانند وثیقه عینی از او اخذ نماید (ماده ۱۰۱۳ ق. م.) تا هرگاه امین در حفظ اموال غایب تقصیر کند یا مرتکب حیف و میل گردد، جبران خسارات وارده ممکن باشد.

### ۵۲. معنای امانت

امانت عبارت است از بودن مال شخصی در نزد دیگری به نحوی که حفظ و نگهداری آن بر شخص دوم واجب باشد که اصطلاحاً چنین شخصی را امین می‌نامند. امانت بر دو نوع است امانت مالکی و امانت قانونی. اگر شخص مالک، مالش را برای نگهداری به دیگری سپرده باشد، مثل ودیعه یا عاریه، امانت مالکی است. اگر مالی با اذن قانون‌گذار در اختیار و تصرف شخص دیگر قرار گرفته باشد، مثل مال لقطه، امانت قانونی است؛ بنابراین امانت مورد نظر از نوع امانت قانونی است. در واقع به جهت عدم دسترسی به شخص غایب، دادستان به نمایندگی از جامعه به شناسایی و معرفی امین به دادگاه اقدام می‌نماید و قاضی دادگاه پس از بررسی و احراز شرایط و خصوصیات مقرر در قانون در مورد نامزد امانت، او را به این سمت منصوب می‌نماید. پس بدین لحاظ می‌توان آن را امانت قضایی نیز نامید.

### ۵۳. کسانی که می‌توانند تقاضای نصب امین کنند

چون هدف اصلی از نصب امین سپردن اموال به شخص مطمئن و مورد اعتمادی است که برای حفظ و نگهداری دارایی غایب، به پیشنهاد دادستان و انتصاب

دادگاه، به حکم قانون لازم تشخیص داده شده است، از این رو کلیه کسانی که به نحوی منافع احتمالی در اموال غایب دارند و بدون نصب امین آن را در معرض تضییع می‌بینند حق درخواست نصب امین دارند. به دستور ذیل ماده ۱۰۱۲ ق. م. «... تقاضای تعیین امین فقط از طرف مدعی‌العموم و اشخاص ذی‌نفع در این امر قبول می‌شود...». قانون مدنی اشخاص ذی‌نفع را ذکر نکرده است، اما قانون امور حسبی در ماده ۱۳۰ مقرر می‌دارد «دادستان و اشخاص ذی‌نفع از قبیل وارث و بستانکار حق دارند از دادگاه درخواست تعیین امین برای اداره اموال غایب بنمایند». از سیاق ماده چنین بر می‌آید که ذکر وارث و بستانکار به عنوان اشخاص ذی‌نفع از باب حصر نبوده، بلکه به عنوان نمونه‌ها و مصادیق بارز اشخاص ذی‌نفع و از باب تمثیل، ذکر شده است؛ بنابراین علاوه بر کسانی که‌در صورت فوت غایب از ترکه او منتفع می‌شوند، یعنی وارث و موصی‌له و بستانکار، اشخاص دیگری نیز که به نحوی از انحا منفعت یا حقی در اموال غایب دارند می‌توانند درخواست نصب امین کنند؛ به عبارت دیگر اشخاص واجب‌النفقه غایب، مثل زوجه منقطعه‌ای که برایش شرط انفاق شده یا اقربای نسبی عمودی غایب که واجب‌النفقه‌او هستند، هر چند که جزء وراث نباشند، حق تقدیم درخواست نصب امین از دادگاه‌را دارند.

**۵۴. دادگاه صالح برای نصب امین**

برابر ماده ۱۲۶ ق. ا. ح. «امور راجع به غایب مفقودالاثر با دادگاه شهرستان محلی است که آخرین‌اقامتگاه غایب در آن محل بوده». منظور از دادگاه شهرستان دادگاه بدوی عمومی بود که صلاحیت رسیدگی ابتدایی به دعاوی را داشت. این دادگاه در گذشته محکمه بدایت نامیده می‌شد که به دنبال تقسیمات کشور در سال ۱۳۱۶ به دادگاه شهرستان موسوم گردید.

پس از پیروزی انقلاب به ترتیب، دادگاه عمومی به موجب لایحه قانونی تشکیل دادگاههای عمومی، مصوب ۱۳۵۸ و دادگاه حقوقی یک، بر اساس قانون تشکیل

دادگاههای‌حقوقی یک و دو، مصوب سوم آذر ۱۳۶۴ جایگزین آن گردید. در ضمن چون ضم امین و عزل آن در لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب در صلاحیت این دادگاه قرار داده شده بود (شق ۳، ماده ۳)، بین حقوقدانان و محاکم اختلاف نظر پدید آمد. برخی به استناد همین قانون، نصب امین را در صلاحیت دادگاههای مدنی خاص می‌دانستند و عده‌ای آن را در صلاحیت دادگاههای حقوقی یک. نظر اخیر با ضوابط و قواعد کلی سازگارتر بود، زیرا با توجه به ماده ۵ قانون تشکیل دادگاههای حقوقی یک و دو مصوب ۱۳۶۴ «دادگاههای حقوقی «یک» به کلیه دعاوی حقوقی و امور حسبی رسیدگی می‌کنند مگر آنچه به موجب قانون در صلاحیت دادگاه حقوقی دو یا دادگاه مدنی خاص باشد».

چون در ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای مدنی خاص رسیدگی به امور غایب مفقودالاثر در صلاحیت دادگاه مدنی خاص قرار نگرفته بود و تفسیر گسترده از صلاحیت استثنایی آن دادگاه روا نبود؛ بنابراین، امور مزبور بایستی در صلاحیت دادگاه حقوقی یک باشد. رأی وحدت رویه شماره ۱۳۶۸/۱۲/۲۱/۵۳۲ دیوان عالی کشور نیز این نظر را تأیید می‌کرد.[1]

قابل ذکر است که طبق ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۷۳، در مناطقی که دادگاههای مزبور تشکیل شده است رسیدگی به کلیه امور مدنی و جزایی و امور حسبیه با لحاظ قلمرو محلی با آن دادگاهها خواهد بود. بنابراین، دادگاه صالح برای نصب امین دادگاه عمومی آخرین اقامتگاه غایب است و نمی‌توان آن را در صلاحیت دادگاه خانواده، که به موجب قانون اختصاصی تعدادی از دادگاههای موجود به دادگاههای موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) مصوب ۱۳۷۶، جایگزین دادگاه مدنی خاص شده است، دانست؛ زیرا در قانون مزبور نیز به نصب امین برای ادارهٔ اموال غایب تصریح نشده است.

---

۱. به موجب رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور: تعیین امین برای اداره اموال غایب مفقودالاثر موضوع ماده ۱۰۱۲ ق. م. و مادتین ۱۲۶ و ۱۳۰ ق. ا. ح. غیر از ضم امین می‌باشد که در بند ۳، ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص قید شده و صلاحیت دادگاههای حقوقی یک در رسیدگی به امور غایب مفقودالاثر شامل تعیین امین برای اداره اموال غایب نیز می‌شود ... (رأی شماره ۱۳۶۸/۱۲/۲۱/۵۳۲).

**۵۵. صلاحیت محلی**

امین برای غایب به وسیله دادگاه محلی که آخرین اقامتگاه غایب در آن است تعیین می‌شود. اگر غایب در خارج از ایران اقامتگاه داشته باشد دادگاهی برای رسیدگی به امور غایب، صالح است که آخرین محل سکونت غایب در آن حوزه است (ماده ۱۲۷ ق. ا. ح.). اگر غایب نه در ایران اقامتگاه داشته باشد و نه محل سکنایش معلوم باشد، در این صورت دادگاه محل اقامت یا سکونت ورثه غایب، صالح است و اگر اقامتگاه هر کدام از آنها در یک شهر باشد، در این صورت اگر فقط یکی‌از وراث درخواست نصب امین را به دادگاه محل اقامت خود تقدیم نماید، مشکلی بروز نمی‌کند و در صورتی که چند نفر از آنان درخواست نماید، به دستور ماده ۶ ق. ا. ح. آن دادگاهی که از نظر زمانی پیش از محاکم دیگر دادخواست را ثبت کرده، صالح به رسیدگی است.

اگر ورثه غایب در ایران معلوم نباشد، دادگاهی صالح است که غایب در آنجا مال دارد (ماده ۱۲۹ ق. ا. ح.) و اگر غایب در چند شهر مال داشته باشد، محاکم تمامی آن شهرستانها صالح‌اند و در صورت تقدیم چندین درخواست، دادگاهی که بدواً به او رجوع شده است رسیدگی می‌نماید (مادهٔ ۶ ق. ا. ح.). هرگاه غایب در خارج از ایران اموالی داشته باشد مأمورین کنسولی ایران حق دارند برای اداره اموالی که در حوزه مأموریت آنها واقع است به طور موقت نصب امین بنمایند و باید تا ۱۰ روز پس از نصب امین مدارک عمل خود را به وسیله وزارت امور خارجه به وزارت دادگستری بفرستند. نصب امین وقتی قطعی خواهد شد که دادگاه صالحه تهران تصمیم مأمور کنسولی را تنفیذ نماید (مادهٔ ۱۱۴ ق. ا. ح.).

**۵۶. صفات امین**

امین باید صلاحیت و شایستگی لازم را برای امانت دارا باشد. به موجب ماده ۱۰۸ ق. ا. ح. «دادگاه هر کس را که شایسته برای اداره اموال غایب بداند به سمت امانت منصوب می‌نماید، خواه از بین کسانی باشد که دادستان یا اشخاص ذی‌نفع معرفی کرده‌اند و یا خودِ دادرس او را در نظر گرفته باشد». با در نظر گرفتن اینکه طبق مقررات، وظایف امین و قیم از حیث نگهداری اموال غیر، یکسان است (مستنبط از ماده ۱۱۹ ق. ا. ح.) و با توجه به حکم مندرج در ماده ۱۱۷ این قانون که مقرر

می‌دارد «اشخاصی که نباید به سمت قیمومت منصوب شوند به سمت امین معین نخواهند شد»، اشخاص زیر نباید به سمت امین منصوب شوند:

۱. کسانی که خود تحت ولایت یا قیمومت هستند؛

۲. کسانی که به علت ارتکاب جنایت یا یکی از جنحه‌های ذیل به موجب حکم قطعی محکوم شده باشند: سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری، اختلاس، هتک ناموس یا منافیات عفت، جنحه نسبت به اطفال و ورشکستگی به تقصیر؛

۳. کسانی که حکم ورشکستگی آنها صادر و هنوز عمل ورشکستگی آنها تصفیه نشده است؛

۴. کسانی که معروف به فساد اخلاق باشند؛

۵. کسی که خود یا اقربای طبقه اول او دعوایی بر غایب مفقودالاثر داشته باشد (مستنبط از ماده ۱۲۳۱ ق. م.).

**۵۷. اولویتهای نصب امین**

کسانی که برای امین شدن حق تقدم و اولویت دارند عبارت‌اند از:

۱. وراث غایب که با داشتن شرایط مساوی در صلاحیت، بر دیگران مقدم هستند. مشروط بر اینکه حاضر به دادن ضامن یا تضمینات دیگر طبق نظر دادگاه باشند (ماده ۱۰۱۴ ق. م.).

۲. در میان خویشاوندان و اقربای غایب، به ترتیب پدر و جد و مادر و اولاد و زن یا شوهرِ کسی که امین برای اداره اموال او معین می‌شود، با داشتن صلاحیت، بر دیگران مقدم هستند و در صورت نبودن اشخاص مذکور، سایر اقربا بر دیگران مقدم‌اند (ماده ۱۱۰ ق. ا. ح.).

۳. کسانی که در زمان غیبت عملاً متصدی امور او باشند در تعیین امین برای غایب، بر دیگران مقدم خواهند بود (ماده ۱۳۲ ق. ا. ح.). چون آنان عملاً آشنایی و ورود در کار اداره اموال را به اثبات رسانیده‌اند، بدون علت، تغییر دادن آنان به مصلحت غایب نیست.

هرگاه کسی در زمان غیبت، متصدی امور غایب باشد و در عین حال در بین خویشان یا وراث غایب هم شخص شایسته‌ای وجود داشته باشد، اولویت با کدام یک از آنان است؟ قانون در این مورد صریح نیست، ولی می‌توان گفت دادگاه در این مورد اختیار دارد با رعایت شرایط مقرر، شخصی را که شایسته‌تر و مناسب‌تر تشخیص می‌دهد به عنوان امین تعیین نماید یا در صورتی که مصلحت غایب اقتضا کند دو یا چند نفر را به عنوان امین منصوب کند.[1]

**۵۸. وظایف و اختیارات امین**

امین مکلف به حفظ و اداره اموال غایب است و باید مصلحت غایب را در این باره رعایت کند و از حیف و میل اموال و اعمالی که مضر به حال اوست بپرهیزد اینک پاره‌ای از وظایف و اختیارات امین را که به طور صریح در مقررات مختلف آمده ذکر می‌نماییم:

۱. هرگاه در بین اموال غایب مال ضایع شدنی باشد، امین آن مال را فروخته و از نتیجه فروش با رعایت مصلحت غایب، مالی خریداری و یا به مصلحت غایب اقدام دیگری می‌نماید (ماده ۱۴۱ ق. ا. ح.)؛ مثلاً پول حاصل از فروش مال را در صورتی که مصلحت باشد در بانک می‌گذارد و بدین طریق آن را حفظ می‌کند.

۲. امین می‌تواند با اجازه دادستان، اموال منقولِ ضایع نشدنی غایب را که مورد احتیاج نیست فروخته و از پول آن مال دیگری که موافق مصلحت غایب باشد خریداری و یا به صرفه غایب اقدام دیگری بنماید (ماده ۱۴۲ ق. ا. ح.).

۳. امین باید نفقه اشخاص واجب‌النفقه و دیون غایب را از وجوه نقد یا منافع اموال او بدهد و در صورتی که وجوه نقد یا منافع اموال او کافی نباشد از اموال

---

۱. ماده ۱۰۱۲ ق.م. از تعیین «یک نفر امین» برای اداره اموال غایب سخن گفته است؛ ولی به نظر می‌رسد این ماده ناظر به مورد غالب است و نباید منع تعیین دو یا چند نفر امین را از آن استنباط کرد، چنان‌که قانون‌گذار در مورد تعیین قیّم چنین اختیاری را به دادگاه داده است (مادهٔ ۱۲۲۲ ق.م.).

منقول او فروخته خواهد شد و اگر اموال منقول هم کافی نباشد از اموال غیر منقول فروخته می‌شود (ماده ۱۴۷ ق. ا. ح.).

هرگاه امین بخواهد اموال منقولِ ضایع نشدنی یا غیر منقول غایب را برای پرداخت نفقه اشخاص واجب‌النفقه او بفروشد، آیا باید اجازه دادستان را تحصیل کند؟ ماده ۱۴۷ ق. ا. ح. در این باره ساکت است، اما با توجه به اطلاق ماده ۱۴۲ ق. ا. ح. و با در نظر گرفتن مفاد مواد ۱۰۱۵ و ۱۲۴۱ ق. م. (در مورد اموال غیرمنقول) و رعایت مصلحت غایب، می‌توان گفت در موارد مذکور نیز تحصیل اجازه دادستان لازم است.

۴. فروش یا رهن اموال غیرمنقول جز در موردی که برای پرداخت نفقه اشخاص واجب‌النفقه یا دیون او لازم باشد مجاز نیست (ماده ۱۴۸ ق. ا. ح.). از آنجا که فروش و رهن اموال غیرمنقول (که ممکن است منتهی به فروش و سلب مالکیت از غایب شود) قراردادهایی مهم و خطرناک و چه بسا زیان‌آور هستند، قانون‌گذار آنها را جز برای پرداخت نفقه یا دیون غایب که در واقع ضروری به شمار می‌آیند جایز نشمرده است.

۵. سایر وظایف و اختیارات امین و مسئولیتهای او همان است که به موجب قانون برای قیم مقرر است (ماده ۱۰۱۵ ق. م. و ماده ۱۱۹ ق. ا. ح.). وظایف و اختیارات قیم در مواد ۱۲۳۵ تا ۱۲۴۷ ق. م. و مواد ۷۴ تا ۹۵ ق. ا. ح. پیش‌بینی و مقرر شده است.

**۵۹. حق‌الزحمه امین**

در موردی که برای اداره اموال غایب، امینی تعیین می‌شود، دادگاه می‌تواند حق‌الزحمه (کارمزد) متناسبی از درامد اموال غایب برای او معین نماید (ماده ۱۵۰ ق. ا. ح.). منظور از حق‌الزحمه متناسب، اجرتی است که عرفاً به این نوع کار تعلق می‌گیرد. اگر اموال غایب درامدی نداشته باشد آیا می‌توان از اصل مال، حق‌الزحمه متناسبی برای امین معین کرد؟ با اینکه ماده ۱۵۰ ق. ا. ح. به تعیین حق‌الزحمه از

درامد اموال غایب تصریح کرده است، می‌توان گفت در مورد مذکور دادگاه می‌تواند از اصل مال، حق‌الزحمه تعیین کند؛ زیرا طبق بند آخر همان ماده «هزینه حفظ و اداره اموال غایب از اموال او برداشته می‌شود» و حق‌الزحمه امین هم جزء این هزینه است. وانگهی عمل شخص محترم بوده، اصل، استحقاق مطالبه اجرت برای آن است و دلیل کافی بر عدم استحقاق اجرت در مورد مذکور وجود ندارد. از ملاک ماده ۹۵ ق. ا. ح. نیز همین نظر استنباط می‌شود، به‌ویژه از آن جهت که ماده ۱۰۱۵ ق. م. مقررات مربوط به قیم را قابل تعمیم به امین دانسته است.

**۶۰. عزل امین و پایان سمت او**

هرگاه وصف امانت از امین زایل شود یا یکی از موجبات عزل فراهم گردد، امین از سمت خویش برکنار می‌شود. طبق ماده ۱۲۱ ق. ا. ح. «مقررات راجع به عزل قیم نسبت به امین هم جاری است»؛ بنابراین، موجبات و اسبابی که در مواد ۱۲۴۸ تا ۱۲۵۲ ق. م. و ۹۶ تا ۱۰۲ ق. ا. ح. پیش‌بینی گردیده است در خصوص امینِ غایبِ مفقودالاثر نیز اعمال می‌گردد (ر. ک.: ش ۲۴۸ به بعد).

بنابه مستفاد از مواد ۱۳۵ و ۱۳۶ ق. ا. ح. هر گاه حکم موت فرضی غایب صادرشود یا اینکه حیات و ممات او محرز گردد و همچنین در صورتی که اموال و دارایی او به طور موقت به ورثه داده شود، سمت امین زایل می‌شود و مسئولیت و اختیارات وی پایان می‌پذیرد.

**مرحله چهارم: دادن اموال به تصرف موقت ورثه**

**۶۱. شرایط**

در این مرحله که بعد از گذشتن دو سال از تاریخ آخرین خبر از غایب آغاز می‌شود، احتمال زنده بودن کمتر از مراحل پیشین است؛ بنابراین قانون‌گذار منافع احتمالی وراث را نیز در نظر گرفته و با اینکه آنان را مالک اموال غایب نشناخته است، به آنها حق داده است که از دادگاه تقاضا کنند که اموال غایب به تصرف موقت آنان داده

شود(مواد ۱۰۲۵ ق. م. و ۱۳۶ ق. ا. ح.). باید اضافه کرد که وراث هنگامی می‌توانند چنین درخواستی از دادگاه بنمایند که غایب کسی را برای اداره اموال خود معین نکرده باشد (ماده ۱۰۲۵ ق. م.).

به‌علاوه ماده ۱۳۶ ق. ا. ح. در این باره مقرر می‌دارد «بعد از گذشتن دو سال تمام از آخرین خبر غایب، ورثه او می‌توانند از دادگاه درخواست کنند که دارایی غایب به تصرف آنها داده شود».

پس از وصول درخواست کتبی و رسیدگی به آن، دادگاه یک آگهی مشتمل بر درخواست مذکور و دعوت از اشخاصی که از غایب اطلاعی دارند برای اظهار به دادگاه ترتیب خواهد داد. آگهی باید سه دفعه متوالی هر کدام به فاصله یک ماه در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران منتشر گردد و پس از گذشت یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی، اموال غایب به تصرف موقت وراث داده خواهد شد (مواد ۱۳۸ و ۱۳۹ ق. ا. ح. و ۱۰۲۵ و ۱۰۲۶ ق. م.).

قانون‌گذار برای حفظ منافع غایب و اشخاص ثالث که ممکن است حقی نسبت به اموال او داشته باشند، مقرر داشته است که از وراث، ضامن یا تضمینات کافی دیگر گرفته شود تا در صورت تقصیر ورثه در حفظ اموال و تلف یا نقص آنها جبران خسارت آسان باشد. ماده ۱۰۲۶ ق. م. در بیان این قاعده مقرر می‌دارد:

«وراث باید ضامن یا تضمینات کافیه دیگری بدهند تا در صورت مراجعت‌غایب و یا در صورتی که اشخاص ثالث حقی بر اموال او داشته باشند، از عهده اموال و یا حق اشخاص ثالث برآیند. تضمینات مزبور تا موقع صدور حکم موت فرضی باقی خواهد بود».

بنابر آنچه گفته شد، اموال غایب در صورتی به تصرف موقت ورثه داده خواهد شد که:

اولاً، غایب کسی را برای اداره اموال خود معین نکرده باشد؛

ثانیاً، مدت دو سال از تاریخ آخرین خبر از غایب گذشته باشد؛

ثالثاً، وراث درخواستی تقدیم دادگاه کنند و آگهی در جراید (سه دفعه متوالی

هر کدام به فاصله یک ماه) منتشر گردد و یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی بگذرد؛ بنابراین، هیچ‌گاه قبل از گذشتن سه سال و دو ماه از تاریخ آخرین خبر غایب نمی‌توان اموال او را به تصرف ورثه داد؛

رابعاً، وراث ضامن یا تضمینات کافی بدهند. برابر ماده ۱۴۳ ق. ا. ح. «در موردی که اموال غایب به ورثه تسلیم می‌شود، هرگاه وصیتی شده باشد، اموال مورد وصیت به وصی و یا موصی‌له داده می‌شود، مشروط بر اینکه مطابق ماده ۱۰۲۶ ق. م. تأمین بدهند». قابل ذکر است که دادن ضامن، یا تضمینات دیگر، به وسیله وراث در این مرحله الزامی است.

به نظر می‌رسد که حتی با وجود شرایط یاد شده، دادگاه مکلف به دادن اموال به تصرف موقت ورثه نیست، زیرا در این مرحله حفظ حقوق غایب در درجه اول اهمیت قرار دارد و ممکن است دادن اموال به تصرف ورثه به حقوق او لطمه وارد کند؛ بنابراین، دادگاه با توجه به اوضاع و احوال و مصلحت غایب می‌تواند به درخواست ورثه ترتیب اثر نداده، اموال غایب را در تصرف امین باقی گذارد، یا برای ادارهٔ آنها امین نصب کند.

ممکن است گفته شود طبق ماده ۱۰۱۴ ق. م. «اگر یکی از وراث غایب، تضمینات کافیه بدهد، محکمه نمی‌تواند امین دیگری معین نماید و وارث مزبور به این سمت معین خواهد شد»، لیکن در پاسخ می‌توان گفت این ماده مربوط به مرحله نصب امین است و ناظر به موردی است که وارث دارای وصف امانت است و در عین حال، تضمین کافی برای حفظ مال غایب می‌دهد. بدیهی است که در این صورت باید بر هر شخص دیگر اولویت داشته باشد و دادگاه مکلف است اموال غایب را به تصرف موقت او، به عنوان امین، بدهد؛ اما در مرحله دادن اموال به تصرف موقت ورثه، چنین تکلیفی برای دادگاه نیست.

**۶۲. چند مسئله**

۱. اگر غایب محجور بوده و قیم داشته باشد آیا اموال او با رعایت شرایط مقرر به

تصرف ورثه داده خواهد شد یا نه؟ بعضی از استادان حقوق به این سؤال پاسخ منفی داده‌اند، لیکن می‌توان گفت ماده ۱۰۲۵ ق. م. و ماده ۱۳۶ ق. ا. ح. که مربوط به دادن اموال به تصرف موقت ورثه است، منعی در این خصوص ایجاد نکرده است. به‌علاوه نباید مرحله دادن اموال به تصرف موقت ورثه را با مرحله نصب امین قیاس کرد، زیرا در مرحله نصب امین، چون ولیّ یا قیم، خود امین محسوب می‌شود، تعیین شخص دیگری به عنوان امین برای حفظ اموال غایب موردی ندارد؛ ولی در مرحله دادن اموال به تصرف موقت ورثه حفظ منافع ورثه نیز مورد نظر است، پس بجاست که اموال غایب به تصرف آنان داده شود، حتی اگر غایب قیم داشته باشد.

۲. آیا دادگاه می‌تواند همه اموال غایب را به تصرف بعضی از ورثه که ضامن یا تضمینات دیگری داده‌اند بدهد؟ از آنجا که هر یک از ورثه که ضامن یا تضمینات دیگری بدهد ذی‌نفع و ذی‌حق در تصرف اموال غایب است، ممکن است گفته شود که دادگاه نمی‌تواند از دادن اموال به تصرف وارثی که تضمین داده است خودداری کند. با وجود این چون هر یک از ورثه فقط به نسبت سهم‌الارث خود حق تصرف در مال غایب را دارد، دادگاه نمی‌تواند اجازه تصرف به نسبت بیشتر از سهم‌الارث را به یکی از وراث بدهد؛ بنابراین دادگاه نمی‌تواند همه اموال را به تصرف بعضی از ورثه بدهد (مستنبط از مواد ۱۴۳ و ۱۵۵ ق. ا. ح.).

۳. آیا ورثه می‌توانند اموال غایب را که به تصرف آنان داده شده است بین خود تقسیم کنند؟ در مرحله دادن اموال غایب به تصرف موقت ورثه منظور حفظ و نگهداری اموال است و هیچ‌گونه عملی که موجب زیان صاحب مال باشد مجاز نیست؛ بنابراین ورثه نمی‌توانند اموال غایب را بین خود تقسیم کنند و سهمی که به تصرف هریک از ورثه داده می‌شود سهم مشاع خواهد بود نه مفروز. اگر دادگاه به علت اینکه یکی از ورثه تضمین نداده است نتواند سهم مشاع او را به تصرفش بدهد برای اداره آن سهم اقدام به نصب امین خواهد کرد (مستنبط از مواد ۱۵۱ و ۱۵۲ ق. ا. ح.).

### ۶۳. وظایف و اختیارات ورثه

در صورتی که اموال غایب به حکم دادگاه به تصرف موقت ورثه داده شود وظایف و اختیارات ورثه همان است که برای امین ذکر شد (ر. ک.: ش ۵۸). ماده ۱۴۴ ق. ا. ح. مقرر می‌دارد «ورثه و وصی و موصی‌له که اموال غایب موقتاً به آنها تسلیم می‌شود،

باید اموال را با رعایت مصلحت غایب حفظ و اداره نمایند و آنها در اداره اموال غایب، وکیل او خواهند بود».

بنابراین آنان باید مطابق قانون و عرف و عادت، رفتار نمایند و مصلحت غایب را رعایت کنند. حدود کلی وظایف و اختیارات ورثه به موجب مواد ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۴۷، ۱۴۸ و ۱۴۹ ق. ا. ح. مشخص گردیده است. علاوه بر این ورثه نیز مانند امین می‌توانند حق‌الزحمه متناسبی را از دادگاه مطالبه نمایند. به موجب ماده ۱۵۰ ق. ا. ح. «در موردی که اموال غایب به تصرف ورثه یا امین داده شده باشد دادگاه می‌تواند حق‌الزحمه متناسبی از درامد اموال برای ورثه یا امین معین نماید». حتی چنان‌که در مورد امین گفته شد، اگر مال غایب درامدی نداشته باشد دادگاه می‌تواند از اصل مال، حق‌الزحمه‌ای برای ورثه تعیین کند.

**مرحله پنجم: حکم موت فرضی غایب و دادن اموال به تصرف قطعی ورثه**

**۶۴. شک و تردید در مرگ انسان و حکم آن**

در پاره‌ای از موارد، مثل وضع غایب، در مرگ انسان شک و تردید پدید می‌آید و این سؤال مهم مطرح می‌شود که آیا او مرده است؟ تکلیف اموال و فرزندان او چیست؟ آیا احکام شخص زنده، بر وضع حقوقی چنین شخصی بار می‌شود یا احکام شخص مرده؟

پاسخ این سؤال را باید با توجه به وضع خود غایب جستجو کرد، زیرا هر گاه او زنده باشد و یا مرگ وی ثابت و مسلم گردد، تکلیف قضیه روشن و مشخص است. در صورت نخست احکام شخص زنده و در صورت دوم احکام شخص مرده در خصوص او جاری می‌شود؛ اما مشکل در غایب مفقودالاثر این است که هیچ‌گونه دلیلی دال بر مرگ او در دست نیست و قرینه و اماره‌ای هم مبنی بر زنده بودن یا مرگ وی وجود ندارد و تردید همچنان باقی است. بر طبق یک ضابطه معمول در حقوق اسلامی، هنگامی که دلیل قطعی وجود نداشته باشد و قرینه و اماره‌ای هم در اختیار نباشد، با استفاده از اصول عملیه چاره‌جویی می‌کنند و راه

حل حقوقی مناسبی به دست می‌آورند.[۱]

فقها در این گونه موارد تردید را نادیده انگاشته و حکم به یقین سابق نموده و این شیوه را که یک اصل عملی است استصحاب[۲] نامیده‌اند. چنان‌که مشهور است، یقین سابق با شک لاحق زایل نمی‌شود، یعنی هرگاه یقینی در گذشته موجود باشد و آن‌گاه پس از گذشت مدتی، شک و تردید حاصل شود، باید بر اساس یقین سابق عمل نمود، مگر اینکه با یک امر یقینی دیگری، زوال یقین سابق محرز و مسلم گردد.[۳] ماده ۱۹۸ ق. آ. د.م. به این اصل اشاره کرده است.[۴]

در مورد غایب مفقودالاثر نیز وضع چنین است و تا زمانی که حکم موت فرضی صادر نشده است، زنده بودن او را استصحاب می‌کنند[۵] و آثار و احکام

---

۱. الاصل دلیل حیث لادلیل.

۲. استصحاب در لغت به معنی همراه داشتن چیزی است و در اصطلاح علم اصول به رعایت و عمل کردن به یقین سابق در صورت شک و تردید در ادامه و بقای آن گفته می‌شود که در یک تعبیر کوتاه آن را ابقاء ماکان می‌نامند. شرایط آن به اختصار عبارت‌اند از: وجود یقین سابق، شک لاحق، اجتماع یقین و شک در یک زمان، متعدد بودن زمان متیقن و مشکوک، وحدت متعلق یقین و شک، سبق تقدم زمان متیقن بر مشکوک و فعلیت شک و یقین.

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: المظفر، محمدرضا؛ *اصول‌الفقه*؛ ج ۴، ص ۲۷۵ به بعد و انصاری،شیخ مرتضی؛ *فرائد الاصول* (رسائل)؛ ج ۲، ص ۵۴۱ به بعد و *المجلس الاعلی للشئون الاسلامیة*؛ موسوعة جمال *عبدالناصر فی‌الفقه‌الاسلامی*؛ ج ۷، ص ۶۱ به بعد و ج ۴، ص ۳۳۸ و عزالدین، موسی(علامه)؛ *الاسلام و قضایا الساعة*؛ ص ۱۵۴ به بعد.

۳. این قاعده بر روایاتی مبتنی است مانند صحیحهٔ زراره از امام محمد باقر(ع) که در پاسخ سؤال زراره در خصوص اینکه آیا در صورت تردید در خواب رفتن، وضو باطل می‌شود یا نه، آن حضرت می‌فرمایند: لاینقض الیقین بالشک ابداً ولکنه ینقضه بیقین آخر (*اصول الفقه*؛ ج ۴، ص ۲۹۷).

۴. ماده ۱۹۸ ق. آ. د. م. «در صورتی که حق یا دینی برعهده کسی ثابت شد، اصل بقای آن است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود».

۵. شیخ انصاری اقوال دانشمندان علم اصول را درباره حجیت استصحاب در یازده قول جمع‌آوری نموده و قول نهم را که شک در رافع است قول قوی و معتبر می‌داند: التفصیل بین کون المستصحب مماثبت بدلیله اومن الخارج استمراره فشک فی‌الغایة الرافعة و بین ←

شخص زنده را بر وی مترتب می‌سازند، مگر اینکه خلاف آن ثابت یا اینکه حکم موت فرضی صادر شود. دادگاه با انقضای مدتی که شخص غایب عادتاً در آن زمان زنده فرض نمی‌شود اقدام به صدور حکم موت فرضی می‌کند و انقضای این مدت از نظر قانون‌گذار اماره موت تلقی شده است و اماره که مبتنی بر ظن و غلبه است بر اصل عملی که در مورد شک به کار می‌رود مقدم است.

**۶۵. شرایط حکم موت فرضی**

در این مرحله که غایب عادتاً زنده نمی‌ماند، قانون‌گذار برای رعایت حقوق ورثه حکم موت فرضی غایب و دادن اموال به تصرف قطعی آنان را با شرایطی پیش‌بینی کرده است. ماده ۱۰۱۹ ق. م. در این زمینه مقرر می‌دارد «حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می‌شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند». این ماده مبتنی بر قول مشهور فقهای امامیه است.[1] بعضی از آنان ده سال و برخی چهارسال انتظار را برای صدور حکم موت فرضی لازم دانسته‌اند.[2]

به نظر می‌رسد که ضابطه درست، برای صدور حکم موت فرضی انقضای مدتی باشد که غایب به طور عادی پس از آن مدت زنده نمی‌ماند و اقوال مختلف تلاشی است برای شناسایی مصادیق و محدود کردن این مدت.

قانون‌گذار ایران نیز به بیان قاعده کلی مندرج در ماده ۱۰۱۹ ق. م. اکتفا نکرده است، بلکه ضمن مواد ۱۰۲۰ تا ۱۰۲۲ ق. م. در موارد مختلف، مدتی را که غایب بعد از انقضای آن عادتاً زنده فرض نمی‌شود، معین کرده و به اصطلاح

---

← غیره فیعتبر الاول دون الثانی (*فرائدالاصول* (رسائل)؛ ج ۲، ص ۵۶ و ۵۶۱).

همچنین برای مطالعه بحث تفضیلی ارکان استصحاب رجوع کنید به: *اصول‌الفقه*؛ ج ۴، ص ۲۷۸ به بعد.

۱. *جواهرالکلام*؛ ج ۳۹، ص ۶۳ و *شرح لمعه*؛ ج ۲، ص ۲۹۲ و ۲۹۳.

۲. برای ملاحظه سایر اقوال رجوع کنید به: *جواهرالکلام*؛ ج ۲۹، ص ۶۴ به بعد و *شرح لمعه*؛ ج ۲، ص ۲۹۳.

حقوقی پاره‌ای امارات قانونی برای زنده نبودن شخص غایب برحسب عادت به دست داده است.[1]

مدتی که بر طبق این مواد در پایان آن، شخص غایب برابر قانون عادتاً زنده فرض نمی‌شود و می‌توان تقاضای حکم موت فرضی کرد حداقل سه سال و حداکثر ده سال از تاریخ آخرین خبر غایب است. پس از گذشت مدت مقرر در قانون، درصورتی که تقاضای صدور حکم موت فرضی از طرف اشخاص ذی‌نفع شده باشد، دادگاه اقدام به نشر آگهی کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت خواهد نمود که اطلاعات خود را در اختیار دادگاه بگذارند. این آگهی سه دفعه متوالی و هر کدام به فاصله یک ماه در یکی از جراید

---

۱. به موجب ماده ۱۰۲۰ ق. م. «موارد ذیل از جمله مواردی محسوب است که عادتاً شخص غایب زنده فرض نمی‌شود:

۱. وقتی که ده سال تمام از تاریخ آخرین خبری که از حیات غایب رسیده است، گذشته و در انقضای مدت مزبور سن غایب از ۷۵ سال گذشته باشد.

۲. وقتی که یک نفر به عنوانی از عناوین، جزء قشون مسلح بوده و در زمان جنگ مفقود و سه سال تمام از تاریخ انعقاد صلح بگذرد بدون اینکه خبری از او برسد. هرگاه جنگ منتهی به انعقاد صلح نشده باشد مدت مزبور پنج سال تمام از تاریخ ختم جنگ محسوب می‌شود.

۳. وقتی که یک نفر حین سفر بحری در کشتی بوده که آن کشتی در آن مسافرت تلف شده است سه سال تمام از تاریخ تلف شدن کشتی گذشته باشد بدون اینکه از آن مسافر خبری برسد».

ماده ۱۰۲۱ «در مورد فقره اخیر ماده قبل اگر با انقضای مهلتهای ذیل که مبدأ آن از روز حرکت کشتی محسوب می‌شود کشتی به مقصد نرسیده باشد و در صورت حرکت بدون مقصد به بندری که از آنجا حرکت کرده برنگشته و از وجود آن به هیچ وجه خبری نباشد، کشتی تلف شده محسوب می‌شود: الف) برای مسافرت در بحر خزر و داخل خلیج فارس یکسال؛ ب) برای مسافرت در بحر عمان، اقیانوس هند، بحر احمر، بحر سفید (مدیترانه)، بحر سیاه و بحر آزوف دو سال؛ ج) برای مسافرت در سایر بحار سه سال».

ماده ۱۰۲۲ «اگر کسی در نتیجه واقعه‌ای به غیر آنچه در فقره ۲ و ۳ ماده ۱۰۲۰ مذکور است دچار خطر مرگ گشته و مفقود شده یا در طیاره بوده و طیاره مفقود شده باشد، وقتی می‌توان حکم موت فرضی او را صادر نمود که پنج سال از تاریخ دچار شدن به خطر مرگ بگذرد بدون اینکه خبری از حیات مفقود رسیده باشد».

محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران منتشر خواهد شد. دادگاه وقتی می‌تواند حکم موت فرضی را صادر نماید که یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی گذشته و حیات غایب معلوم نشده باشد (ماده ۱۰۲۳ ق.م. و ماده ۱۵۵ ق. ا. ح.). هر گاه ورثه غایب، قبلاً درخواست کرده باشند که اموال او موقتاً به تصرف ایشان داده شود و بر طبق مقررات مذکور آگهی شده باشد، دادگاه به آن اکتفا خواهد کرد و آگهی مجدد لازم نیست (بند آخر ماده ۱۵۵)؛ بنابراین اگر قبلاً برای دادن اموال غایب به تصرف موقت ورثه آگهی نشده باشد، باید به مدتی که در پایان آن شخص زنده فرض نمی‌شود، لااقل یک سال و دو ماه برای آگهی افزوده شود تا دادگاه بتواند حکم موت فرضی صادر کند. برای صدور حکم موت فرضی مقدمات و شرایط ذیل باید فراهم گردد:

۱. تقدیم درخواست از طرف اشخاص ذی‌نفع (ورثه یا وصی یا موصی‌له). این درخواست باید کتبی و متضمن مشخصات غایب، تاریخ غیبت و دلایلی که به موجب آن درخواست کننده حق درخواست صدور حکم موت فرضی دارد و ادله و اسنادی باشد که به موجب آن، برطبق قانون مدنی می‌توان درخواست حکم موت فرضی نمود (مواد ۱۵۳ و ۱۵۴ ق. ا. ح.).

۲. انتشار آگهی یاد شده (ماده ۱۵۵ ق. ا. ح. و ۱۰۲۳ ق. م.).[1]

۳. انجام‌دادن بررسی و تحقیق لازم از طرف دادگاه (ماده ۱۵۷ ق. ا. ح.) و احراز تحقق شرایط لازم برای صدور حکم موت فرضی از جمله انقضای مدتهای مقرر در مواد ۱۰۲۰ تا ۱۰۲۲ ق. م.

---

۱. برابر مادهٔ واحدهٔ «قانون اعتبار گواهی بنیاد شهید انقلاب اسلامی در خصوص صدور حکم موت فرضی غایبان مفقودالاثر انقلاب اسلامی و دفاع مقدس در محاکم صالح» مصوب بیستم فروردین ۱۳۷۶، دربارهٔ این گونه غایبان مفقودالاثر آگهی موضوع مواد یاد شده ضرورت ندارد «و گواهی صادر شده توسط عالی‌ترین مقام اجرایی بنیاد شهید انقلاب اسلامی 'برای مرجع رسیدگی‌کننده به تقاضای صدور حکم موت فرضی' کافی می‌باشد» (*روزنامهٔ رسمی*، ش ۹۳۵ـق مورخ ۱۳۷۶/۲/۱۴).

**۶۶. حقوق و اختیارات ورثه بعد از صدور حکم موت فرضی**

بعد از صدور حکم موت فرضی، اموال غایب به تصرف قطعی ورثه داده خواهد شد و مانند مورد موت طبیعی، ورثه مالک اموال مزبور شناخته خواهند شد و می‌توانند هر نوع تصرفی در آن بنمایند. چون ورثه بعد از صدور حکم موت فرضی، مالک اموال غایب به شمار می‌آیند، هیچ‌گونه تضمینی از آنها گرفته نمی‌شود. حتی پس از صدور و قطعیت حکم موت فرضی تضمیناتی که از امین یا ورثه گرفته شده است مرتفع خواهد شد (ماده ۱۶۰ ق. ا. ح.).

**۶۷. بازگشت غایب**

ممکن است بعد از صدور حکم موت فرضی و دادن اموال غایب به تصرف قطعی ورثه، غایب پیدا شود. در این صورت ورثه باید بر طبق ماده ۱۰۲۷ ق. م. «... آنچه را که از اعیان یا عوض و یا منافع اموال مزبور حین پیدا شدن غایب موجود می‌باشد مسترد دارند»، ولی مسئول اموالی که از بین رفته و عوض آنها نیز موجود نیست، نمی‌باشند؛ مثلاً اگر خانه غایب را فروخته و پول آن را خرج کرده باشند، در مقابل آن مسئولیتی نخواهند داشت، چه به موجب قانون، مالک مال مزبور شناخته می‌شوند و تصرف آنان مالکانه بوده است.

هرگاه یکی از ورثه سهم‌الارث خود را فروخته و با پول حاصل از آن مالی خریده باشد، آیا غایب پس از بازگشت می‌تواند آن را تصاحب کند؟ ممکن است گفته شود که غایب حقی نسبت به مال خریداری شده ندارد و آن مال عوض مال غایب محسوب نمی‌شود، زیرا ظاهراً مقصود از عوض، مالی است که به طور مستقیم در ازای مال غایب به دست آمده باشد، نه مال دیگری که در مقابل آن عوض، تحصیل شده است؛ اما به این ظاهر نباید اعتماد کرد، زیرا وقتی که با آمدن غایب بطلان حکم موت فرضی کشف می‌گردد، باید تا آنجایی که امکان دارد، وضع غایب را به حالت سابق برگرداند؛ بنابراین می‌توان گفت که عوض در ماده ۱۰۲۷ ق. م. اعم از عوض مستقیم است و مال مزبور نیز عرفاً عوض محسوب می‌شود و قابل استرداد از ورثه است.

### ب) امور غیرمالی غایب

### ۶۸. طلاق زوجه غایب

درباره امور غیرمالی‌غایب مفقودالاثـر، آنچه مـورد تـوجه قـانون‌گذار واقـع شـده و احکام خاصی راجع به آن مقرر گردیده است طلاق زن اوست. بر اساس ماده ۱۰۲۹ ق. م. هرگاه شخصی چهار سال تمام غـایب مـفقودالاثـر بـاشد، زن او مـی‌توانـد از دادگاه تقاضای طلاق کند. در این صورت دادگاه اقدام به نشر آگهی به ترتیب مذکور خواهد کرد و بعد از گذشتن یک سال از تاریخ نخستین آگهی، در صورتی که خبری از غایب نرسیده باشد، حکم به طـلاق خـواهـد کـرد. در مـورد عـده زوجـه مـطلقه غایب، ماده ۱۱۵۶ ق. م. می‌گوید «زنی که شوهر او غایب بوده و حاکم او را طـلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عده وفات نگه دارد».

این قاعده از فقه اسلامی گرفته شده و بدین نحو توجیه مـی‌شود کـه مـمکن است شوهر مرده باشد. اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و گذشتن مدت عده مراجعت کند، دیگر حقی نسبت به زن سابق خود نخواهد داشت، لیکن اگر قـبل از انقضای مدت عده بازگردد، نسبت به طلاق حق رجوع دارد، یعنی می‌تواند با اظهار اراده خود مبنی بر ادامه ازدواج اثر طلاق را از بین ببرد.

### ۶۹. طلاق زوجه غایب در فقه اسلامی

چنان‌که فقیهان امامیه گفته‌اند: هرگاه زوج، غـایب بـاشد و از مـال وی بـه زوجـه‌اش نـفقه داده شود یا ولیّ زوج نفقه او را بپردازد و نـیز هـر گـاه شخص مـتبرعی یـافت شـود کـه نفقه زوجه را بپردازد، واجب است که زن منتظر بماند، تـا اینکه حـیات یـا مـمات زوج معلوم گردد. در صورتی که زوج مالی نـداشـته بـاشد و شـخصی (داوطـلب مـتبرعی) هـم یافت نشود که به زن نفقه بدهد، در صورت تقاضای زن، حاکم چهار سال مـدت تـعیین می‌کند که دربارهٔ غایب فحص و جستجو نمایند. در صورتی کـه در ایـن مـدت اطـلاعی از او بـه دست نـیاید، قـاضی بـه ولیّ غـایب یـا وکیل او دستور طـلاق مـی‌دهد و اگـر هیچ یک از آنها وجود نداشته باشد خـود قـاضی طـلاق مـی‌دهد و زن عـده وفـات نگـاه می‌دارد. البته این طلاق هیچ وقت به مجرد غیبت صادر نمی‌شود، بلکه بـا پـایان پـذیرفتن

مدت یاد شده و قطع امید از حیات غایب تحقق پیدا می‌کند.[۱] ابوحنیفه و شافعی در قول جدید خود و احمدبن حنبل، در یکی از روایتهایش، معتقدند زوجه مفقودالخبر (منقطع‌الخبر) تا زمانی که غایب عادتاً زنده می‌ماند، حق ازدواج ندارد. البته این مدت را ابوحنیفه ۱۲۰ سال و احمد ۷۰ سال معین کرده است؛ اما مالک معتقد است زن چهار سال منتظر می‌ماند و آنگاه پس از نگاه داشتن چهار ماه و ده روز عده می‌تواند ازدواج کند.[۲] ابوحنیفه و شافعی، در یکی از صحیح‌ترین قولهایش، می‌گویند هرگاه زوج اول برگردد، در صورتی که زن ازدواج کرده باشد، ازدواج دوم باطل می‌شود و زن همسر زوج اول به شمار می‌آید؛ اما مالک قائل به تفکیک شده است و می‌گوید هرگاه زوج اول، قبل از نزدیکی شوهر دوم، برگردد، زن از آنِ شوهر اولی است و اگر شوهر دوم نزدیکی کرده باشد، شوهر اولی مختار است اگر بخواهد با پرداخت مهریه به شوهر دومی، زن را در اختیار خود می‌گیرد و اگر خواست برای او وامی‌گذارد و صداق را از او می‌گیرد.[۳]

### ۷۰. غیبت زوجه

در گذشته هرگاه زوجه کسی مفقودالاثر می‌شد، قانون حمایت خانواده، تشریفات و ضوابط خاصی برای طلاق او مقرر داشته بود، لیکن چون به موجب تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، مصوب ۱۳۵۸ موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده است، آنچه در قانون حمایت خانواده راجع به طلاق زنی که مفقودالاثر شده است، آمده منسوخ است. با وجود این، برطبق مقررات قانون مدنی و احکام شرع، شوهر با اختیاری که در مورد طلاق دارد

---

۱. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ *عروةالوثقی*؛ ج ۲، ملحقات، ص ۶۸ به بعد و مغنیه، محمدجواد؛ *فقه‌الامام جعفرالصادق*؛ ج ۶، ص ۴۳ و ۴۴ و *الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۴۳۸ و ۴۳۹ و *الاسلام و قضایاالساعة*؛ ص ۱۵۴ و ۱۵۷ به بعد.

همچنین رجوع کنید به: *حقوق خانواده*؛ ج ۱، چاپ سوم، ش ۲۱۴، ص ۲۸۴ و ۲۸۵.

۲. *المغنی*؛ ج ۷، به نقل از: *الفقه علی‌المذاهب الخمسة*؛ ص ۴۳۸.

۳. *همان‌جا*.

می‌تواند زن را طلاق دهد،[1] لیکن به نظر می‌رسد که برابر ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، مصوب ۱۳۷۰ باید به دادگاه مراجعه و گواهی عدم امکان سازش تحصیل نماید.[2]

**۷۱. اثر صدور حکم موت فرضی در امور غیرمالی**

مسئله‌ای که در اینجا می‌توان طرح کرد آن است که اگر طبق مقررات و تشریفات مذکور حکم طلاق صادر نشده، ولی دادگاه با رعایت مقررات حکم موت فرضی غایب را صادر کرده باشد، آیا ازدواج غایب بر اثر صدور حکم موت فرضی منحل خواهد شد یا نه؟

در حقوق پیشین فرانسه حکم موت فرضی موجب انحلال نکاح نبود و تا هنگامی که موت طبیعی ثابت نشده بود، حقوق خانوادگی غایب به قوت خود باقی می‌ماند،[3] لیکن به موجب ماده ۱۲۸ اصلاحی قانون مدنی فرانسه، مصوب ۲۸ دسامبر ۱۹۷۷، حکم موت فرضی، پس از ثبت در دفتر ثبت احوال، دارای کلیه آثار موت طبیعی است و در این صورت همسر غایب می‌تواند نکاح جدیدی منعقد نماید؛ اما در حقوق سویس، مانند حقوق پیشین فرانسه، صدور حکم موت فرضی، نکاح غایب را منحل نمی‌کند، بلکه حکم جداگانه‌ای برای انحلال نکاح لازم است.[4]

در حقوق ایران، قانون در این باره ساکت است. در فقه امامیه هم، تا آنجا که بررسی کرده‌ایم، به مسئله تصریح نشده است. ممکن است گفته شود حکم موت

---

۱. بر طبق ماده ۱۱۳۳ ق. م. «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». این ماده بر نصوص فقه اسلامی مبتنی است و بر گرفته از کتاب و سنت است. علاوه بر قرآن کریم، روایاتی از قبیل «الطلاق بید من اخذ بالساق» دلالت بر آن دارد (ر. ک.: *جواهرالکلام*؛ ج ۳۲، ص ۲۴).

۲. ر. ک.: *حقوق خانواده*؛ ج ۱، ص ۳۵۳.

3. Weill; *Droit civil*; t. I, n. 443. Marty et Raynaud; *Droit civil*; n. 19, p. 20.

4. Tuor, P.; *Le code civil suisse*; p. 86.

فرضی بعد از گذشتن مدتی صادر می‌شود که شخص عادتاً زنده نمی‌ماند، بنابراین موت فرضی به منزله موت طبیعی است و در حقوق غیرمالی شخص نیز مؤثر است و موجب انحلال نکاح اوست؛ اما با در نظر گرفتن اینکه مواد قانونی در این زمینه ناظر به امور مالی غایب است و جریان رسیدگی به درخواست صدور حکم موت فرضی از طرف اشخاص ذی‌نفع جنبه مالی دارد و به همین دلیل مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۵۶ ق. م. ترتیب دیگری را برای طلاق زن پیش‌بینی کرده‌اند، تسری حکم مزبور به امور غیرمالی خالی از اشکال نیست. در فقه نیز، چنان‌که اشاره شد، هرگاه برای زوج مالی باشد یا شخص دیگری حاضر به پرداخت نفقه زن باشد، زن باید منتظر بماند، در غیر این صورت پس از چهار سال انتظار هرگاه خبری از زوج نرسد حاکم یا ولیّ زوج، او را طلاق می‌دهد و زن عده وفات نگاه می‌دارد؛[1] بنابراین عدم تأثیر حکم موت فرضی نسبت به ازدواج با اصول حقوقی بیشتر وفق دارد.[2]

## بند چهارم: ممیزات شخص طبیعی

### ۷۲. وجه تسمیه و تقسیم موضوع

هر شخص طبیعی با نام و اقامتگاه و اسناد ثبت احوال از دیگران تمیز داده می‌شود، پس می‌توان این موضوعات را با عنوان ممیزات شخص طبیعی مورد

---

۱. *احکام الاسرة فی‌الاسلام*؛ ص ۴۴۴.
ماده ۱۲۹ قانون مصر مقرر می‌دارد: «اگر حکم به فوت زوج داده شود و آنگاه زن با دیگری ازدواج نماید و سپس زنده بودن شوهر اول محقق شود ازدواج دوم منفسخ می‌شود». برخی در توجیه این ماده می‌گویند که ازدواج دوم بر این اساس واقع شده است که زوج اول فوت نموده است، پس در صورتی که روشن شود چنین فرضی اساساً باطل بوده است معلوم می‌شود که ازدواج قبلی همچنان به اعتبار و قوت خود باقی است (*همان*؛ ص ۵۹۱).

۲. برای توضیح بیشتر رجوع کنید به: قاسم‌زاده، سیّد مرتضی، «تسرّی اثر حکم موت فرضی بر نکاح و مشکلات ناشی از آن»، *فصلنامهٔ دیدگاههای حقوقی*، نشریهٔ دانشکدهٔ علوم قضایی و خدمات اداری، س ۱، ش ۱، ۱۳۷۵، ص ۷۵ تا ۱۰۴؛ برای نظر مخالف رجوع کنید به: امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۴، چاپ ۱۶، ۱۳۷۷، ص ۳۰۴.

مطالعه قرار داد.

بعضی از استادان حقوق این موضوعات را با عنوان مختصات اشخاص بررسی کرده‌اند، ولی به نظر می‌رسد که اصطلاح ممیزات برای بیان مفهوم رساتر باشد، زیرا داشتن حقوق و تکالیف هم از مختصات و ویژگیهای اشخاص است که در اینجا مورد بحث و بررسی قرار نمی‌گیرد، بلکه منظور آن دسته از اوصاف و نشانه‌هایی است که انتساب آنها به هر شخص، موجب تمیز و تفکیک او از همنوعان خود گردد و قانونگذار استعمال این نشانه‌ها را ضروری دانسته و آثار مهمی بر هریک از آنها مترتب ساخته است.

بنابراین، مطالب این بند را در سه گفتار: نام و نام‌خانوادگی (گفتار اول)، اقامتگاه (گفتار دوم) و اسناد ثبت احوال (گفتار سوم) مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم. تابعیّت نیز از ممیزات شخص است، ولی از آنجا که این موضوع مربوط به درس حقوق بین‌الملل خصوصی است در اینجا از آن بحثی نخواهیم داشت.[۱]

### گفتار اول: نام و نام خانوادگی

#### ۷۳. کلیات

نام یکی از ممیزات اشخاص است. در قانون ثبت احوال اسم یا نام به معنی عام که در اینجا مورد نظر است از دو جزء ترکیب می‌شود: نام شخصی یا نام کوچک ـ که گاهی آن را به‌طور اختصار نام گویند ـ و نام خانوادگی.

نام شخص که در دفاتر ثبت احوال به ثبت می‌رسد دارای آثار حقوقی است و سایر عناوین که ممکن است باعث تمیز انسان از دیگران باشد مانند اسم نویسندگی، تخلص، کنیه، نام تجارتی و اسم شغلی و حرفه‌ای جزء نام به معنی حقوقی آن، که در شناسنامه هرکسی و دفاتر ثبت احوال قید شده، نمی‌باشد و تابع

---

۱. برای مطالعه درباره تابعیّت شخص طبیعی رجوع کنید به: نصیری، محمد؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*؛ ج اوّل و دوم، تهران، ۱۳۷۲، ص ۲۹ به بعد.

مقررات مربوط به نام نیست.

القاب قدیم مانند فخرالدوله، امین‌الملک که سابقاً در ایران معمول بوده به موجب قانون الغای القاب، مصوب ۱۳۰۴ ملغی شده و امروز هیچ‌گونه ارزش قانونی ندارد. بحث تفصیلی از مقررات راجع به نام از حوصله این کتاب خارج است؛ بنابراین فقط به اختصار از تعیین نام و استفاده از نام یا نام خانوادگی دیگری یا نام خانوادگی آزاد و آثار حقوقی نام با توجه به قانون ثبت احوال، مصوب ۱۶ تیرماه ۱۳۵۵ و قوانین اصلاحی آن و مقررات و آیین‌نامه‌های داخلی ثبت احوال سخن می‌گوییم.

**الف) تعیین نام**

**۷۴. نام و نام خانوادگی فرزندان**

در حقوق و فرهنگ اسلامی و ایرانی بر تعیین نام، به‌ویژه نام نیک و مناسب، تأکید بسیار شده است. پیامبر اکرم (ص) بارها به اهمیت انتخاب نام نیک برای فرزند تأکید فرموده و برحسب روایات و اخبار آن را مستحب مؤکد تلقی کرده‌اند.[۱]

ایرانیان نیز با داشتن فرهنگ غنی و باستانی خویش دین اسلام را پذیرفتند و نامهای باستانی و نغز زبان فارسی را در کنار نامهای اسلامی و هماهنگ با آنها حفظ کردند و از این جهت در میان کشورهای اسلامی ممتاز هستند. قانون ثبت احوال نیز بر انتخاب یک نام متعارف اشارت دارد (ماده ۲۰ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳).[۲] مطابق این قانون هر کس باید یک نام کوچک و یک نام خانوادگی داشته باشد.

---

۱. برای مطالعه مباحث مربوط به استحباب انتخاب نامهای نیک ـ نام پیامبر اکرم (ص) و سایر پیامبران و ائمه معصومین (ع) ـ رجوع کنید به: شیخ حر عاملی؛ *وسائل الشیعة*؛ ج ۱۵، ص ۱۲۱ به بعد.

۲. ماده ۲۰ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳/۱۰/۱۸ مقرر می‌دارد «انتخاب نام با اعلام کننده است، برای نام‌گذاری یک نام ساده یا مرکب (حسین، محمدمهدی و مانند آن) که عرفاً یک نام محسوب می‌شود انتخاب خواهد شد».

انتخاب نام کوچک با اعلام کننده ولادت است. برای نام‌گذاری نام ساده (مانند احمد و حسین) یا مرکبی (مانند محمدرضا و سیدمحمدعلی) که عرفاً یک نام محسوب می‌شود انتخاب خواهد شد. انتخاب عناوین و القاب و نامهای زننده و مستهجن یا نامتناسب با جنس، ممنوع است (ماده ۲۰ قانون جدید ثبت احوال)، «ذکر سیادت در اسناد سجلی ساداتی که سیادت آنها در اسناد سجلی پدر و جد پدری مندرج باشد، یا سیادت آنها با دلایل شرعی ثابت گردد، الزامی است. مگر کسانی که خود را سید ندانند یا عدم سیادت آنان شرعاً احراز شود»، (تبصره ۵، ماده ۲۰، اصلاحی ۱۳۶۳).

در مورد نام خانوادگی، قانون ثبت احوال مقرر می‌دارد که نام خانوادگی فرزند همان نام خانوادگی پدر خواهد بود، اگرچه شناسنامه فرزند در قلمرو اداره ثبت احوال دیگری صادر گردد. فرزندان کبیر می‌توانند برای خود نام خانوادگی دیگری انتخاب نمایند (تبصره ماده ۴۱). با توجه به اینکه نسب نامشروع در حقوق ایران به رسمیت شناخته نشده است، می‌توان گفت مقصود از پدر در تبصره فوق، پدر مشروع است و به عبارت دیگر فقط اولاد مشروع ـ یعنی فرزندانی که نسب آنان ناشی از نکاح صحیح یا شبهه باشد ـ نام خانوادگی پدر را خواهند داشت.[1] اگر پدر نامعلوم باشد، نام خانوادگی مادر به طفل داده می‌شود (مستنبط از بند آخر تبصره مادهٔ ۱۶). هرگاه ابوین طفل معلوم نباشند، نام خانوادگی آزاد به طفل داده می‌شود و سند ولادت با نام خانوادگی آزاد و نامهای فرضی در محل اسامی ابوین تنظیم می‌گردد. تصحیح اسامی فرضی یا تکمیل مشخصات ناقص به موجب اقرارنامه موضوع ماده ۱۲۷۳ ق. م.[2] یا حکم دادگاه یا مدارک حصر وراثت به عمل خواهد آمد و نام خانوادگی بر طبق مقررات اصلاح خواهد شد. موضوع فرضی بودن

---

۱. ر.ک.: همین کتاب؛ ش ۸۱.

۲. اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً، تحقق نسب برحسب عادت و قانون ممکن باشد؛ ثانیاً، کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار به فرزندی او شده به شرط آنکه منازعی در بین نباشد (ماده ۱۲۷۳ ق.م.).

اسامی پدر و مادر در شناسنامه یا برگ ولادت منعکس نخواهد شد (ماده ۱۷ ق.ث.ا.). گذاردن نامهای فرضی در محل اسامی پدر و مادر از نوآوریهای جالب قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ است و فلسفه آن جلوگیری از سرافکندگی اجتماعی و عقده‌دار شدن طفلی است که پدر و مادر او نامعلوم است.

### ۷۵. نامهای کوچک ممنوع

همان‌طور که در تعیین نام گفتیم (ر. ک.: ش ۷۳ و ۷۴) علی‌الاصول افراد در انتخاب نام کوچک آزادند؛ اما نباید این اصل آزادی را نامحدود شناخت، بلکه باید آن را با در نظر گرفتن اصول و معیارهای مسلم پذیرفته شده در فرهنگ جامعه و پاره‌ای مصالح فردی و اجتماعی محدود ساخت.

به همین دلیل قانون‌گذار ایرانی انتخاب و استفاده از القاب را ممنوع اعلام کرده است (قانون الغای القاب، مصوب ۱۳۰۴). علاوه بر این تبصره ۱ ماده ۲۰ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۱۸ مقرر می‌دارد «انتخاب نامهایی که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی می‌گردد و همچنین انتخاب عناوین و القاب و نامهای زننده و مستهجن و نامتناسب با جنس، ممنوع است».[1] تبصره ۳ این ماده نیز آزادی انتخاب نام در مورد اقلیتهای دینی شناخته شده در قانون اساسی را محدود به معیارهای پذیرفته شده در فرهنگ دینی آنان کرده است.

از مقررات مذکور و سایر مقررات ثبت احوال چنین بر می‌آید که:

اولاً، اصل، آزادی انتخاب نام کوچک است و اعلام کننده می‌تواند نام کوچک دلخواه خود را به مأمور ثبت نام، معرفی نماید.

ثانیاً، مأمور ثبت احوال موظف است نام منتخب متقاضی را ثبت نماید، مگر اینکه نام انتخاب شده از اسامی ممنوع باشد. در صورت بروز اختلاف بین مأمور

---

۱. ماده ۲۰ ق. ث. ا.، مصوب ۱۳۵۵ در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۸ به وسیله مجلس شورای اسلامی بازنگری شده و مورد اصلاح قرار گرفته و ۶ تبصره به آن الحاق شده است.

ثبت احوال و متقاضی، مأمور موظف است مراتب را به همراه دلایل طرفین از طریق اداره کل ثبت احوال استان برای حل اختلاف و اتخاذ تصمیم به شورای عالی ثبت احوال ارسال دارد (مستفاد از بند ۹، ۱۰ و ۱۲ دستورالعمل تغییر نام).[۱]

ثالثاً، نامهای کوچک ممنوع عبارت‌اند از:

۱. نامهایی که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی می‌گردد،

۲. عناوین و القاب،

۳. نامهای زننده و مستهجن،

۴. نامهای نامتناسب با جنس.

از آنجا که تشخیص مصادیق نامهای ممنوع به‌ویژه برای یک مأمور ثبت احوال کار آسانی نیست و این کلی‌گویی قانون‌گذار، مشکلاتی را در عمل پدید می‌آورد، تبصره ۲ ماده ۲۰ ق.ث.ا. مقرر می‌دارد «تشخیص نامهای ممنوع با شورای عالی ثبت احوال می‌باشد». شورای عالی ثبت احوال در اجرای وظیفهٔ قانونی خویش دستورالعملی را تهیه و تنظیم و در تاریخ ۱۳۶۴/۱۲/۱۶ به کلیه اداره‌های ثبت احوال ابلاغ نموده است.[۲]

---

۱. «برای مطالعه و پیشنهاد روشهای فنی و اظهارنظر درباره اصلاح یا تغییر فرمها و نمونه‌های سجلی و آماری و نحوه جمع‌آوری و انتشار آنها و تهیه دستورالعملها و روشهای فنی سجلی و طرز جمع‌آوری اوراق باطله و تنظیم و نگهداری و حفاظت اسناد و مدارک سجلی در مرکز سازمان ثبت احوال کشور شورایی به نام شورای عالی ثبت احوال تشکیل می‌شود. اعضای شورای عالی ثبت احوال عبارت خواهند بود از رئیس سازمان ثبت احوال کشور یا قائم مقام او و یک نفر از استادان دانشکده حقوق به انتخاب رئیس دانشگاه تهران و یک نفر از کارمندان مطلع ثبت احوال به انتخاب رئیس سازمان ثبت احوال و نماینده مرکز آمار ایران. ریاست شورا با معاون وزارت کشور و رئیس سازمان ثبت احوال یا قائم مقام او می‌باشد و رأی اکثریت لازم‌الاجرا خواهد بود»، (ماده ۲ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵).

۲. اظهارنظر شورا در خصوص نامهای ممنوع موضوع ماده ۲۰ ق. ث. ا. از این قرار است:

«به موجب ماده ۲۰ قانون ثبت احوال و تبصره‌های آن موارد ممنوعیت از انتخاب نام به شرح ذیل می‌باشد:

←

## ۷۶. نامهای خانوادگی ممنوع

با اینکه اصل آزادی افراد در انتخاب نام خانوادگی در عمل محدود گردیده است، ممکن است اشخاص کبیری نام خانوادگی نداشته باشند و بخواهند برای خود نام خانوادگی انتخاب کنند و به ثبت برسانند یا برای اطفالی که پدر و مادر آنها معلوم

---

← ۱. نامهایی که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی می‌گردد؛ مانند عبداللات و عبدالعزی (لات و عزی نام دو بت در مکه معظمه در دوران قبل از اسلام بوده است).

۲. اسامی مرکبی که عرفاً یک نام محسوب نمی‌شوند (اسامی مرکب ناموزون)؛ مانند سعید بهزاد، شهره فاطمه، حسین معروف به کامبیز و ... .

۳. عناوین، اعم از لشکری و یا کشوری و یا ترکیبی از اسم و عنوان، مانند سروان، سرتیپ، دکتر، شهردار و یا سروان محمد و شهردار علی.

۴. القاب، اعم از ساده و یا مرکب مانند ملک‌الدوله، خان و یا شوکت‌الملک و حاجیه سلطان و یا سلطانعلی.

۵. اسامی زننده و مستهجن، آن دسته از نامهایی است که برحسب زمان و مکان و یا به دلایلِ و جهات ذیل برای شخص دارنده آن زننده و مستهجن باشد و مراتب به تأیید شورای عالی برسد:

۵ـ۱. نامهایی که معرف صفات مذموم و مغایر با ارزشهای والای انسانی است، مانند گرگ و قوچی و ...،

۵ـ۲. نامهایی که با عرف و فرهنگ غالب و مقدسات مذهبی مردم مغایر باشد، مانند لات، خونریز، چنگیز و ...،

۵ـ۳. نامهایی که موجب اشاعه و ترویج فرهنگ بیگانه و فرهنگ سلطه گردد، مانند وانوشکا، ژاکارد و شاهدوست و ...،

۵ـ۴. نامهایی که موجب تحقیر اشخاص بوده و یا معنای لغوی آن در جامعه قابل پذیرش نباشد، مانند صد تومانی، گت آقا، کنیز، گدا و ...،

۵ـ۵. در صورتی که اسامی انتخاب شده محلی، با توجه به موقعیت و منزلت اجتماعی شخص و یا شرایط زمان و مکان، مناسب نباشد.

تبصره. انتخاب نام در اقلیتهای رسمی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تابع زبان و فرهنگ دینی آنان است.

۶. اسامی نامتناسب با جنس مانند نصرت و ماشاءالله برای اناث و یا انتخاب اشرف و یا اکرم برای افراد ذکور و ...».

نیستند بخواهند نام خانوادگی تعیین نمایند یا اشخاصی بخواهند نام خانوادگی خود را تغییر دهند و نام خانوادگی تازه‌ای که حق تقدم آن با کسی نیست برای خود انتخاب کنند؛ در این‌گونه موارد بجاست که انتخاب برخی از نامها مانند واژه‌های منتسب به زبانهای بیگانه یا کلمات مستهجن و ناپسند ممنوع باشد. قسمت اخیر ماده ۹۹۷ ق. م. تعیین نامهای خانوادگی ممنوع را به آیین‌نامه اداره ثبت احوال محول کرده است و مقرر می‌دارد «... اتخاذ نامهای مخصوصی که به موجب نظام‌نامه اداره سجل احوال معین می‌شود، ممنوع است».

سازمان ثبت احوال در این زمینه مدتها عملاً از ماده ۱۰۰ آیین‌نامه ثبت احوال ۱۳۱۹[1] استفاده می‌کرد، لیکن قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ و آیین‌نامه‌اش به موجب قانون مصوب ۱۳۵۵ نسخ شده بود و در این قانون چیزی راجع به نامهای خانوادگی ممنوع دیده نمی‌شد. این نقص تا تاریخ ۶۲/۴/۱ (که دستورالعمل شماره ۲ سازمان ثبت احوال ابلاغ گردیده) باقی بود، تا اینکه سازمان ثبت احوال دستورالعمل مذکور را تهیه و تنظیم و به اداره‌های تابعه ابلاغ نمود.

دستورالعمل جدیدی دربارهٔ نام خانوادگی در مهرماه ۱۳۸۰ به تصویب شورای عالی ثبت احوال رسید که در تاریخ ۸۰/۵/۵ به شمارهٔ ۵۴/ش/ع برای اجرا

---

۱. به موجب ماده ۱۰۰ آیین‌نامه قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ ـ که با قانون ۱۳۵۵ نسخ شده است ـ «نامهای زیر را به عنوان نام خانوادگی نمی‌توان انتخاب نمود و اشخاصی که قبلاً این گونه انتخاب نموده‌اند مکلف به درخواست تغییر آن می‌باشند:

۱. نامهای منتسب به خاندان سلطنت و القاب و اسامی مربوط به عناوین و مناصب دولتی و بنگاههای همگانی به‌طور کلی اعم از بسیط و مرکب،

۲. نامهای مشاهیر و دانشمندان معروف که اسامی آنها از طرف وزارت فرهنگ معین و ابلاغ شده است،

۳. نامهایی که صورت لقب دارد،

۴. واژه‌های منتسب به زبانهای بیگانه،

۵. نامهایی که حق تقدم آنها با دیگران است ولو با اضافه نمودن اسم محلی یا یک حرف به آن، به طوری که در معنی تغییر حاصل نشده و موجب اشتباه باشد».

به ادارات ثبت احوال ابلاغ شده و جایگزین دستورالعمل پیشین شده است.

بند ۱۶ دستورالعمل جدید در این باره چنین مقرر می‌دارد:

«۱۶ـ انتخاب واژه‌های زیر برای نام خانوادگی ممنوع است: ۱ـ۱۶ـ واژه‌هایی که در محل صدور سند متقاضی معارض دارد. ۲ـ۱۶ـ موارد مذکور در بندهای ۱ـ۱۳ الی ۶ـ۱۳.»

بندهای ۱ـ۱۳ تا ۶ـ۱۳ دستورالعمل دربارهٔ تغییر نام خانوادگی است که در جای خود بررسی خواهد شد (ر.ک.: ش ۹۳).

به نظر می‌رسد که نامهای خانوادگی ممنوع، طبق ماده ۹۹۷ ق. م. باید به موجب آیین‌نامه مشخص گردد و این آیین‌نامه باید به تصویب هیئت وزیران برسد (ماده ۵۳ ق. ث. ا.) و سازمان ثبت احوال نمی‌تواند به موجب دستورالعمل مصوب شورای عالی ثبت احوال این کار را انجام دهد؛ به دیگر سخن می‌توان گفت تعیین نامهای خانوادگی ممنوع خارج از اختیارات شورای عالی ثبت احوال است.

**ب) استفاده از نام یا نام خانوادگی دیگری، یا نام خانوادگی آزاد**

**۷۷. موارد استفاده**

در مورد استفاده از نام کوچک دیگری، منع قانونی وجود ندارد، ولی در مورد نام خانوادگی محدودیتهایی وجود دارد. به‌طور معمول فرزندان یک خانواده از نام خانوادگی پدر خود استفاده می‌کنند (تبصره ماده ۴۱ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵). از طرف دیگر ممکن است زوجه بر اثر رابطه زوجیت، حق استفاده از نام خانوادگی شوهر را به دست آورد. به‌علاوه ممکن است شخصی با اجازه دارنده حق تقدم، نام خانوادگی او را انتخاب نماید؛ بنابراین ابتدا به اختصار حق استفاده از نام کوچک دیگران و سپس حق استفاده فرزندان از نام خانوادگی پدر و حق استفاده زوجین از نام خانوادگی یکدیگر و در پایان انتخاب نام خانوادگی دیگری با اجازه دارنده حق تقدم را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

**۷۸. استفاده از نام کوچک دیگری**

در فرهنگ جوامع به‌ویژه در سیرهٔ اسلامی نه‌تنها انتخاب نام دیگری و استفاده از آن منعی ندارد، در انتخاب پاره‌ای نامها از طرف اولیای مذهبی نیز توصیه و تأکید شده است (ر. ک.: ش ۷۴). در قوانین موضوعه نیز هیچ‌گونه محدودیتی در این زمینه دیده نمی‌شود؛ بنابراین اشخاص می‌توانند نامهای نیک و پسندیده را، هر چند که دیگران پیش از آنها برگزیده باشند (اعم از اینکه آنان زنده یا مرده و از خویشان شخص یا بیگانه باشند) انتخاب و استفاده نمایند.

گاهی خویشان نزدیک به علت رعایت احترام یا تمایز از یکدیگر نام کوچک همدیگر را عملاً انتخاب نمی‌کنند. این شیوه عملی، هیچ‌گونه منع قانونی و اخلاقی ندارد، فوایدی هم دربردارد، زیرا موجب تشخیص و تمایز خویشاوندان که نام خانوادگی مشابه دارند (مانند پسران و دختران یک خانواده یا پسرعموها و دخترعموها)، از همدیگر می‌گردد.

به نظر می‌رسد که در مورد دوقلوها و سایر کودکانی که دارای یک نام خانوادگی‌اند، لااقل باید نام کوچک آنان را به گونه‌ای ولو با اضافه نمودن شماره یا علامتی (مثل اکبر، اوسط و اصغر) متمایز و مشخص نمایند تا بدین وسیله هیچ‌گونه اشتباهی در اسناد سجلی، تحصیلی، حقوق و تکالیف آنها رخ ندهد و در روابط خویشاوندان با خود و دیگران مشکلاتی به وجود نیاید. شورای عالی ثبت احوال نیز در دستورالعمل اجرایی شماره ۲۳۲/۷۴۴۳ مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۱۶ خود به این نظر متمایل است.

**۷۹. استفاده فرزندان از نام خانوادگی پدر**

تبصره ماده ۴۱ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ مقرر می‌دارد «نام خانوادگی فرزند همان نام خانوادگی پدر خواهد بود، اگرچه شناسنامه فرزند در قلمرو اداره ثبت احوال دیگری صادر گردد. فرزندان کبیر می‌توانند برای خود نام خانوادگی دیگری انتخاب نمایند». مستفاد از تبصرهٔ مذکور این است که:

اولاً، استفاده از نام خانوادگی پدر حق فرزندان است و هرگاه آنان بخواهند از

نام خانوادگی مادر استفاده کنند باید از دارندۀ حق تقّدم، اجازه بگیرند؛

ثانیاً، اولاد مشروع و قانونی از این حق بهره‌مندند و منظور قانون‌گذار از فرزند در تبصره یاد شده، فرزند مشروع است؛

ثالثاً، فرزندان کبیر (۱۸ سال به بالا) می‌توانند با رعایت مفاد دستورالعمل از طریق انتخاب واژۀ بلامعارض یا با اجازه از دارندۀ حق تقدم برای یک بار نام خانوادگی خود را تغییر دهند (بند ۶). به علاوه، در موارد استثنایی، و با ارائۀ دلایل موجّه رئیس سازمان ثبت احوال می‌تواند با رعایت مقررات با تقاضای تغییر نام خانوادگی برای بار دوم موافقت کند (تبصرۀ همان بند).

**۸۰. استفاده اولاد نامشروع از نام خانوادگی پدر طبیعی**

دربارۀ فرزندان نامشروع دو نظر وجود دارد:

**۱.** فرزندان نامشروع به پدر طبیعی (زانی) ملحق نمی‌شوند (ماده ۱۱۶۷ ق. م.) و از ارث محروم‌اند (مادۀ ۸۸۴ ق. م.)؛ بنابراین می‌توان گفت حق استفاده از نام خانوادگی پدر طبیعی خود را ندارند و تبصرۀ ماده ۴۱ مذکور ناظر بر اولاد مشروع است و نباید آن را به اولاد نامشروع تسرّی داد. بنابر این نظر، از آنجا که قواعد مربوط به نام و نسب جزء قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است، تخلّف از آنها به هیچ وجه جایز نیست و حتی با توافق و رضایت زن و مرد یا ارادۀ یکی از آنها، نسب قانونی یا رابطه‌ای که در حکم نسب قانونی باشد بین طفل و زن و مرد پدید نخواهد آمد و در نتیجه طفل نامشروع نمی‌تواند از نام‌خانوادگی پدر طبیعی خود بهره‌مند گردد و رضایت پدر و مادر نیز برای او چنین حقی را ایجاد نخواهد کرد.

**۲.** نسب رابطۀ طبیعی و واقعی بین فرزند و پدر و مادر است نه رابطۀ اعتباری؛ به علاوه زنازاده فرزند عرفی زانی محسوب می‌شود و مصلحت او اقتضا دارد که به زانی ملحق شود و از تمام مزایای نسب قانونی، جز ارث (مادۀ ۸۸۴ ق. م.)، بهره‌مند گردد.

**۸۱. رأی وحدت رویّه هیئت عمومی دیوان عالی کشور**

بر مبنای نظر اخیر هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویّۀ شمارۀ

۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ که در موارد مشابه لازم‌الاتباع است، به استناد نظر برخی از فقیهان معاصر، برای فرزندان نامشروع حق استفاده از نام‌خانوادگی پدر طبیعی را شناخته و پدر را به گرفتن شناسنامه برای فرزند نامشروع خود مکلف نموده و بدین‌سان، عدم الحاق زنازاده به زانی را به مورد ارث منحصر کرده است.[1] در عمل ممکن است از این رویّه سوء استفاده شود و فرزندی که از نام خانوادگی پدر طبیعی استفاده می‌کند خود را جزو ورثه قلمداد کند و از مزایای ارث بهره‌مند گردد. در این صورت افراد ذی‌نفع می‌توانند اعتراض کنند و مانع اقدام متقاضی گردند. آنان حق اقامهٔ دعوی دارند و می‌توانند مانع ادامهٔ عملیات تقسیم گردند و در صورتی که ترکه تقسیم شده باشد می‌توانند اموالی را که به فرزند نامشروع یا وارث ظاهری داده شده است، پس بگیرند و در صورت تلف مال، حق مطالبهٔ مثل یا قیمت آن را دارند.

---

۱. رأی وحدت رویّهٔ مذکور بدین شرح است: «به موجب بند الف مادهٔ یک قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولّد از رابطهٔ مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصرهٔ مادهٔ ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتّفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشد، تعیین تکلیف کرده است؛ لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده از عمومات و اطلاق مواد یاد شده و مسئلهٔ ۳ و مسئلهٔ ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی رضوان اللّه تعالی علیه، زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجتاً کلیهٔ تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهدهٔ وی می‌باشد و حسب مادهٔ ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است و لذا رأی شعبهٔ سی‌ام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد به نظر اکثریت اعضاء هیئت عمومی دیوان عالی کشور موجّه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد مادهٔ واحدهٔ قانون مربوط به وحدت رویّهٔ قضایی مصوب تیرماه ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است» (ر. ک.: ضمیمه روزنامه رسمی، ش ۶۵۳، ص ۴۷۸ و ۴۷۹). برای توضیح بیشتر دربارهٔ این رأی، ر. ک.: دکتر سید حسین صفائی، «آثار نسب نامشروع و رأی وحدت رویهٔ مورخ ۱۳۶۷/۴/۳»، *مجلهٔ پژوهشهای اسلامی (دانشگاه کرمان)*، ویژه‌نامهٔ فقه و حقوق، سال دوم، شماره سوم، ۱۳۸۷.

### ۸۲. استفاده از نام خانوادگی آزاد

به دستور ماده ۱۷ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ «هرگاه ابوین طفل معلوم نباشند سند با نام خانوادگی آزاد و نامهای فرضی در محل اسامی ابوین تنظیم می‌گردد. تصحیح اسامی فرضی یا تکمیل مشخصات ناقص به موجب اقرارنامه موضوع ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی، یا حکم دادگاه یا مدارک حصر وراثت به عمل خواهد آمد و نام خانوادگی بر طبق احکام مربوط به نام خانوادگی اصلاح خواهد شد. موضوع فرضی بودن اسامی پدر و مادر در شناسنامه منعکس نخواهد شد».

ذکر دو نکته در مورد این ماده، مفید به نظر می‌رسد:

۱. چون به دستور ماده ۹۹۷ ق. م. «هر کس باید دارای نام خانوادگی باشد» در صورتی‌که ابوین طفل معلوم نباشند، نام خانوادگی آزاد به طفل داده می‌شود. بدیهی است که نام خانوادگی آزاد نمی‌تواند مثبت نسب با دارندهٔ نام خانوادگی مشابه باشد.

۲. ممکن است با کسب اجازه از دارندهٔ حق تقدّم، حق استفاده از نام خانوادگی او را برای این‌گونه اطفال تحصیل کرد و در این صورت نیز نسب قانونی بین طفل و اجازه‌دهنده ایجاد نمی‌گردد.

### ۸۳. استفاده زن از نام خانوادگی شوهر

برابر ماده ۴۲ ق. ث. ا. زوجه می‌تواند با موافقت همسر خود، تا زمانی که در قید زوجیت است، از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدّم استفاده کند و در صورت طلاق ادامه استفاده از نام خانوادگی موکول به اجازه همسر خواهد بود. آنچه در این ماده تازگی دارد و در قانون پیشین دیده نمی‌شود، شرط موافقت شوهر برای استفاده زن از نام خانوادگی اوست. در قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹، زن بدون رعایت هیچ‌گونه تشریفاتی می‌توانست نام خانوادگی شوهر را به‌کار برد، در حالی که برابر قانون جدید ثبت احوال (مصوب ۱۳۵۵) این اختیار به اجازهٔ شوهر موکول شده است. البتّه زن، چنان‌که از ماده ۴۲ برمی‌آید، و حتّیٰ در صورتی که حق استفاده از نام خانوادگی شوهر را داشته باشد، می‌تواند به نام خانوادگی پیشین خود

برگردد. بند ۱۱ دستورالعمل نام خانوادگی مصوب ۱۳۸۰ مقرّر می‌دارد: «استفاده از نام خانوادگی زوج برای زوجه در زمان زوجیّت با ارائهٔ اجازه‌نامه از زوج بدون رعایت حق تقدّم بلامانع است. در صورت انصراف زوجه و درخواست وی به نام خانوادگی قبلی برگشت داده می‌شود».

ادارات ثبت احوال پس از اخذ درخواست زوجه و موافقت شوهر، شناسنامهٔ جدید با مشخّصات زن و نام خانوادگی شوهر برای زن صادر کرده، مراتب را در اسناد سجلی و صفحهٔ ملاحظات شناسنامه صادره منعکس می‌نمایند. در این گونه موارد، زن حق به کار بردن نام خانوادگی اصلی خود را ندارد و اگر بخواهد، می‌تواند با رجوع به ادارهٔ ثبت احوال محل صدور و با تقدیم درخواست انصراف، به نام خانوادگی اصلی خود برگردد.

**۸۴. استفاده زن از نام خانوادگی شوهر در صورت وقوع طلاق**

در صورت وقوع طلاق زن فقط با اجازه شوهر سابق خود می‌تواند از نام خانوادگی او استفاده کند و در این باره قانون مصوب ۱۳۵۵ با قانون ۱۳۱۹ هماهنگی دارد. ماده ۴۳ این قانون مقرر می‌داشت «هرگاه بین زن و شوهر تفریق قانونی واقع شود، بقای به نام خانوادگی شوهر برای زن منوط به اجازه شوهر است ...». ماده ۴۲ قانون جدید نیز تصریح می‌کند که «در صورت طلاق ادامه استفاده از نام خانوادگی موکول به اجازه همسر خواهد بود». البته این عبارت ناظر به استفاده زن مطلقه از نام خانوادگی شوهر سابق خود است و قانون جدید در مورد استفاده شوهر از نام خانوادگی زن در دوره زوجیت و پس از طلاق ساکت است (ر.ک.: ش ۸۶).

در مورد بقای نام خانوادگی شوهر برای زن پس از طلاق، ماده ۱۰۴ آیین‌نامه قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ مقرر داشته بود «اداره آمار مکلف است پس از اعلام وقوع طلاق به زن اخطار نماید که در مدت ۱۵ روز اجازه شوهر سابق خود را برای بقای نام خانوادگی او تسلیم نماید و یا نام خانوادگی دیگری برای خود اختیار کند و اگر اجازه شوهر را در مدت مقرره تسلیم ننمود اداره آمار در حاشیه مستندات مربوطه قید خواهد کرد که دیگر زن به نام خانوادگی شوهر سابق خود باقی نخواهد بود»،

لیکن امروزه آیین‌نامه مزبور به علت نسخ قانون پیشین قابلیت اجرا ندارد، ولی بند ۱ـ۱۱ دستورالعمل جدید شورای عالی ثبت احوال مقرر داشته است که «پس از وقوع طلاق یا فسخ نکاح در صورت درخواست یکی از زوجین نام خانوادگی زوجه به نام خانوادگی قبلی خود برگشت داده می‌شود». مستفاد از این عبارت آن است که عدم اعتراض زوج اجازه ضمنی تلقی خواهد شد.

**۸۵. استفاده زن از نام خانوادگی شوهر پس از فوت او**

در صورت فوت شوهر آیا زن می‌تواند نام خانوادگی او را مانند گذشته به کار برد یا نه؟ قانون در این مورد ساکت است. برخی از استادان حقوق گفته‌اند: می‌توان از سکوت در مقام بیان، استنباط نمود که این امر مانعی ندارد، زیرا موجبی که در مورد انحلال نکاح به علت طلاق و فسخ موجود بوده که عدم رغبت به بقای زوجیت است در مورد فوت موجود نیست، علاوه بر آنکه نگاهداری نام خانوادگی شوهر متوفی برای زن وی یادگار مقدسی است.[1] پس زن تا زمانی که بیوه است حق استفاده دارد، ولی اگر شوهر نماید حق استفاده از نام شوهر اول را از دست خواهد داد.

نظر دیگر آن است که با فوت شوهر موجبی برای بقای زن به نام خانوادگی شوهر نیست.[2] به‌علاوه از آنجا که موافقت شوهر برای زمان حیات خود بوده و اصولاً حق شوهر نسبت به نام خانوادگی خود از حقوق غیرمالی و مربوط به شخصیت و محدود به زمان حیات است و او نمی‌تواند برای بعد از فوت خود چنین اجازه‌ای به زن بدهد و با توجه به ماده ۴۱ و ملاک بند آخر ماده ۴۲ قانون جدید ثبت احوال می‌توان گفت زوجه حق استفاده از نام خانوادگی شوهر متوفای خود را ندارد، مگر با اجازه دارنده حق تقدم. با وجود این، در بند ۲ـ۱۱ دستورالعمل ۱۳۸۰ می‌خوانیم: «پس از فوت زوج، ... زوجه ... می‌تواند کماکان از نام خانوادگی همسر متوفایش استفاده نماید یا به نام خانوادگی خود برگردد». این دستورالعمل به‌ویژه، در صورتی که زوجه پس از فوت شوهر ازدواج کند، قابل انتقاد است.

---

۱. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۴، ص ۲۰۴ و ۲۰۵.

۲. *همان*؛ ص ۲۰۵.

**۸۶. استفاده شوهر از نام خانوادگی زن**

قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ به شوهر اجازه داده بود که از نام‌خانوادگی زن با اجازهٔ دارندهٔ حق تقدم استفاده کند و ماده ۴۳ قانون مزبور بقای نام خانوادگی زن برای شوهر پس از تفریق را منوط به اجازه زن دانسته بود، ولی قانون جدید در مورد استفادهٔ شوهر از نام خانوادگی زن تصریحی ندارد و باید گفت که قانون در این باره امتیازی برای شوهر قائل نشده است؛ بنابراین شوهر، مانند اشخاص دیگر، اگر بخواهد نام خانوادگی زن را اختیار کند، باید از دارندهٔ حق تقدم اجازه بگیرد (ماده ۴۱ ق. ث. ا.)، اعم از اینکه دارندهٔ حق تقدم زوجه باشد یا شخص دیگر. البته در صورتی که شوهر با اجازهٔ دارنده حق تقدم نام خانوادگی زن را انتخاب کند، نام خانوادگی خود را از دست خواهد داد، زیرا از این راه تغییر نام داده است و جمع بین دو نام خانوادگی اصولاً مجاز نیست.

**۸۷. استفاده از نام خانوادگی دیگری با اجازه دارنده حق تقدم**

در مواردی که شخص حق انتخاب نام خانوادگی دارد یا مکلف به تغییر نام خانوادگی است می‌تواند با اجازهٔ دارندهٔ حق تقدم از نام خانوادگی دیگری استفاده نماید (ر. ک.: ش ۷۶، ۷۹ و ۸۰ تا ۸۳). ماده ۴۱ ق. ث. ا. مقرر می‌دارد «حق تقدم نام خانوادگی، با رعایت تاریخ تقدم صدور اسناد، مختص اشخاصی است که به نام آنان در دفاتر مخصوص نام خانوادگی ادارات ثبت احوال به ثبت می‌رسد و دیگری حق اختیار آن را ندارد مگر با اجازه دارنده حق تقدم ...».

اگر کسی از نام خانوادگی دیگری بدون رعایت حق تقدم استفاده کند، غاصب تلقی شده، با تقاضای هر ذی‌نفع ملزم به تغییر نام خانوادگی خواهد شد (ماده ۹۹۸ ق. م.).

حق تقدم استفاده از نام خانوادگی پس از وفات به ورثه قانونی انتقال می‌یابد و هر یک از وراث به موجب آن می‌تواند تغییر نام خانوادگی استفاده کننده غیر مجاز را بخواهد، ولی ورثه اجازه استفاده از آن را فقط به اتفاق می‌توانند به دیگری بدهند (قسمت اخیر ماده ۴۱ ق. ث. ا.).

### ج) تغییر نام و نام خانوادگی

#### ۱. تغییر نام کوچک

#### ۸۸. سابقه امر و امکان تغییر نام کوچک

در قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ (منسوخ) از تغییر نام کوچک سخنی به میان نیامده بود و این مسئله و مرجع صلاحیتدار برای اخذ تصمیم درباره آن، مورد بحث و اختلاف بود. در مورد اشخاصی که دو نام کوچک در شناسنامه داشتند، ولی به یکی از آن دو معروف بودند و درخواست حذف نام دیگر را داشتند هیئت عمومی دیوان عالی کشور در یک رأی لازم‌الاتباع مورخ ۱۳۴۹/۷/۸ حذف نام زاید و منافی با شهرت دارنده شناسنامه را مجاز و شهادت شهود را در این زمینه قابل ترتیب اثر دانسته بود و از رأی مذکور چنین برمی‌آمد که دیوان‌عالی کشور اخذ تصمیم در این موضوع را در صلاحیت دادگاه می‌داند. در زمان حکومت قانون پیشین چنین اظهار نظر شده بود که هر شخصی که نفع مشروع و عقلایی در تغییر نام کوچک خود داشته باشد می‌تواند دادخواستی در این زمینه به دادگاه بدهد و دادگاه باید تصمیم مقتضی صادر کند.[1]

قانون ثبت احوال، مصوب ۱۳۵۵ نیز این مسئله را روشن نکرده است؛ با وجود این از بند ۴ ماده ۳ این قانون برمی‌آید که اگر نام کوچک از نامهای ممنوع باشد، می‌توان تغییر آن را از هیئت حل اختلاف[2] درخواست کرد. در این قانون و با توجه به اصلاح آن

---

۱. ر.ک.: صفائی، حسین؛ «تغییر نام کوچک»، نشریه *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*؛ ۱۳۵۲، ش ۱۳، ص ۸۴ به بعد.

۲. بر طبق ماده ۳ ق. ث. ا. ۱۳۵۵ «در مقر هر اداره ثبت احوال هیئتی به نام هیئت حل اختلاف مرکب از رئیس اداره ثبت احوال و مسئول بایگانی یا معاونین یا نمایندگان آنان و یکی از کارمندان مطلع اداره مزبور به انتخاب رئیس اداره ثبت احوال استان تشکیل می‌شود». صلاحیت رسیدگی به پاره‌ای از مسائل از جمله تصحیح اشتباهاتی که در تحریر اسناد سجلی روی داده است و تغییر نامهای ممنوع با این هیئت است. وظایف این هیئت در ماده ۳ ق. ث. ا. در پنج قسمت و یک تبصره به شرح زیر ذکر شده است:

۱. تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات دفتر ثبت کل وقایع و وفات بعد از امضای سند و قبل از تسلیم شناسنامه یا گواهی ولادت یا وفات و تکمیل سند از نظر مشخصاتی که (نامعلوم) بوده است مندرج در ماده ۲۹ این قانون؛

←

در سال ۱۳۶۳، نامهای ممنوع عبارت‌اند از نامهایی که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی می‌گردد و همچنین عناوین و القاب قدیم (مانند امین‌الدوله و اعتضادالسلطنه) و نامهای زننده و مستهجن یا نامتناسب با جنس (تبصره ۱، ماده ۲۰ اصلاحی). و نیز برابر بند ۵ ماده ۳ اگر در نام کوچک چیزی زاید و غیر ضروری یا ناشی از اشتباه اشخاص وجود داشته باشد (چنان‌که در شناسنامه دو نام کوچک قید شده و دارنده آن به یکی از دو نام مشهور باشد) می‌توان حذف آن را از هیئت حل اختلاف درخواست کرد.

به هر تقدیر قانون جدید ثبت احوال با وجود نقص و ابهام آن در زمینه تغییر نام کوچک بهتر از قانون پیشین است، زیر راه حلی چند در این باره می‌توان از آن به دست آورد. از قانون جدید به‌ویژه از ماده ۲۰ اصلاحی و تبصره‌های آن چنین برمی‌آید که تغییر نام کوچک جز در مورد نامهای ممنوع و مواردی که در نام کوچک چیزی زاید و غیرضروری یا ناشی از اشتباه وجود داشته باشد مجاز نیست.

در ماده ۲۰ لایحه اصلاح پاره‌ای از مواد قانون ثبت احوال که در زمان رژیم سابق تهیه و به مجلس داده شده بود ـ ولی به تصویب نرسید ـ پیش‌بینی شده بود که «هرکس می‌تواند پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و با موافقت هیئت حل اختلاف، نام (کوچک) خود را برای یک بار تغییر دهد». این راه حل از نظر تسهیل بیش از اندازه تغییر نام کوچک و مشکلاتی که از آن پدید خواهد آمد قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

---

→ ۲. رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت وقایع یا نقل مندرجات اسناد و اعلامیه‌ها و مدارک به دفاتر ثبت کل وقایع و سایر دفاتر؛

۳. ابطال اسناد و شناسنامه‌هایی که بیگانگان مورد استفاده قرار داده‌اند و طبق ماده ۴۴ اعلام می‌شود؛

۴. ابطال اسناد مکرر و یا موهوم و تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند و تغییر نامهای ممنوع؛

۵. حذف کلمات زاید، غیر ضروری و یا ناشی از اشتباه در اسناد سجلی اشخاص.

ترتیب تقاضا و گردش کار دفاتر هیئتها و نحوه رسیدگی و ابلاغ تصمیمات در آیین‌نامه اجرایی این قانون تعیین خواهد شد.

تبصره. تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات دفتر ثبت کل وقایع و وفات اگر قبل از امضا باشد با توضیح مراتب در حاشیه سند به عمل می‌آید و امضا کنندگان سند ذیل توضیح را امضا خواهند نمود.

## ۸۹. موارد تغییر نام کوچک

از سوابق امر و قوانین و مقررات موجود به روشنی برمی‌آید که تغییر نام کوچک فقط در موارد خاص و استثنایی پذیرفته شده است. اتخاذ چنین شیوه‌ای محاسن فراوانی دارد، از جمله علاوه بر حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تغییر و اصلاح غیر ضروری آنها موجب می‌گردد که افراد با انتخاب و داشتن نام مشخص و ثابتی در برابر دیگران شناخته شوند و نتوانند با تغییر آن زمینه فرار از دیون و تکالیف خود را فراهم نمایند؛ اما گاهی شخص متقاضی دارای عذر موجهی است و همان‌طور که در قوانین و مقررات مختلف پیش‌بینی شده است در پاره‌ای از موارد می‌تواند تقاضای تغییر نام کوچک خود را بنماید. این موارد عبارت‌اند از:

۱. هر گاه نام کوچک شخص یکی از نامهای ممنوع باشد (ر.ک.: ش ۷۵)؛

۲. اگر در نام کوچک چیزی زاید و غیرضروری یا ناشی از اشتباه (به عنوان پیشوند یا پسوند و غیر آن) وجود داشته باشد (بند ۵ ماده ۳ ق. ث. ا.)؛

۳. در صورتی که کسی تغییر جنسیت بدهد و دادگاه صالح، حکم مقتضی را نسبت به تغییر نام وی در اسناد سجلی صادر نماید (بند ۴ ماده ۳ ق. ث. ا.)؛

۴. در صورت تشرف پیروان ادیان دیگر به دین مبین اسلام و عدم تناسب نام آنان با فرهنگ اسلامی (تبصره ۶ ماده ۲۰ ق. ث. ا.).[1]

---

۱. چون بر طبق تبصره ۲ ماده ۲۰ ق. ث. ا. «تشخیص نامهای ممنوع با شورای عالی ثبت احوال می‌باشد و این شورا نمونه‌های آن را تعیین و به سازمان اعلام می‌کند»، در این قسمت عین متن دستورالعمل شماره ۷۴۴۳ مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۱۶ شورا را دربارهٔ تغییر نام نقل می‌کنیم:

«... علاوه بر موارد فوق، تغییر نام در موارد ذیل نیز از وظایف و تکالیف هیئتهای حل اختلاف می‌باشد:

الف) تغییر نام کسانی که تغییر جنسیت داده و دادگاه صالحه حکم به تغییر نوع جنس در اسناد سجلی و شناسنامه آنان صادر نموده است.

ب) تغییر نام کسانی که به موجب تبصره ۶ ماده ۲۰ اصلاحیه قانون ثبت احوال با تأیید مراجع ذی‌صلاح به دین مبین اسلام مشرف می‌شوند.

ج) حذف کلمات قلی و غلام در نام اشخاص و یا حذف کلمات زاید نظیر گرگ از ←

### ۹۰. مرجع صالح

مرجع صالح برای تغییر نامهای کوچک ممنوع، برابر بند ۴ ماده ۳ ق. ث. ا. ۱۳۵۵ هیئت حل اختلاف است؛ ولی موارد دیگر مانند تغییر نامهای غیر موجه و ناخوشایند، از قبیل قوچی، در صلاحیت محاکم دادگستری است. در این مورد رأی وحدت رویه شماره ۲ مورخ ۶۲/۱/۲۲ قابل توجه است.

شعبه پانزدهم دیوان عالی کشور، در رأی شماره ۶۳۰۰ مورخ ۶۱/۱۰/۲۲، به استناد بند ۴ ماده ۳ ق. ث. ا.، تقاضای تغییر نام غیر موجه (خونریز) را در صلاحیت هیئت حل اختلاف تشخیص داده و شعبه سوم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۲۶ مورخ ۶۱/۹/۳۰ این گونه انشای رأی نموده است «با توجه به شرح دادخواست و خواسته دعوی، رسیدگی به موضوع که تغییر نام خواهان از قوچی به علی‌محمد می‌باشد در صلاحیت محاکم دادگستری است و از اختیارات هیئت حل اختلاف خارج است ...».

چون در موارد مشابه در شعب مذکور رویه‌های مختلفی اتخاذ شده بود، پرونده از طرف دادستان کل کشور برای رسیدگی به هیئت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع شد و هیئت عمومی بر طبق رأی شماره ۲ مورخ ۶۲/۱/۲۲ مقرر داشت «نظر به اینکه بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب تیرماه ۱۳۵۵ ناظر به اعطای اختیار به هیئت حل اختلاف برای تغییر نامهای ممنوع می‌باشد و رسیدگی به سایر دعاوی مربوط به نام اشخاص در صلاحیت عام محاکم عمومی دادگستری است، فلذا دادنامه صادره از شعبه

---

← گرگعلی و یا زلف از زلفعلی.

تبصره. پیشوند «عبد» خاص اسامی و صفات ذات پروردگار است و در سایر موارد متقاضی می‌تواند تقاضای حذف آن را بنماید (در قسمت اول این دستورالعمل تحت عنوان «یادآوری چند نکته ضروری» آمده است: «حذف «عبد» قبل از اسامی ذات باری تعالی به هیچ وجه مجاز نمی‌باشد، مانند «عبد» از اسامی خاصی نظیر عبدالله، عبدالخالق و عبدالرحمن»).

د) تصحیح اشتباهات املایی در نام اشخاص که به دلیل عدم آشنایی مأمور با لهجه‌ها و الفاظ و معانی محلی و ناشی از تلفظ اظهار کننده پیش آمده، مانند زهراب به سهراب و یا منیجه به منیژه و یا ...»، (دفتر امور حقوقی؛ *مجموعه‌ای از قوانین، آیین‌نامه‌ها، دستورالعملها و رویه‌های سجلی*؛ ج ۱، ص ۱۴۱ و ۱۴۲).

سوم دیوان عالی کشور که بر همین اساس صدور یافته، صحیح و موافق موازین قانونی است. این رأی بر طبق ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب تیرماه ۱۳۲۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع است».[۱]

بر همین مبنا، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویهٔ شماره ۵۰۴ مورّخ ۱۳۶۶/۲/۱۰ رسیدگی به درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی را از حیث جنس (ذکور به اناث یا برعکس) از شمول بند ۴ مادهٔ ۳ قانون ثبت احوال خارج و در صلاحیت محاکم عمومی دانسته است.

### ۲. تغییر نام خانوادگی

#### ۹۱. سابقه امر و تحدید اختیار افراد

افراد در جامعه به وسیله نام خانوادگی شناخته می‌شوند و هر کس با نام مخصوص به خود معاملاتی انجام داده، روابط حقوقی با دیگران برقرار می‌کند و تغییر نام خانوادگی ممکن است به روابط حقوقی مزبور و منافع دیگران لطمه زند. فرض کنید که مدیون، نام خانوادگی خود را تغییر دهد و داین را از آن آگاه نسازد، در این صورت ممکن است وصول طلب دچار اشکال گردد و حتی ممکن است حق طلبکار، به علت ندانستن نام جدید بدهکار، تضییع گردد؛ به دیگر سخن تغییر نام خانوادگی در حقوق و تکالیف افراد مؤثر و آزادی نامحدود افراد در این زمینه برخلاف مصالح اجتماعی است. با وجود این نمی‌توان تغییر نام خانوادگی را به کلی منع کرد، چه ممکن است دلایل موجهی برای آن وجود داشته باشد. با توجه به این نکات، قانون‌گذار پیشین تغییر نام خانوادگی را با تشریفات و شرایط دشواری به‌ویژه صدور فرمان شاه پذیرفته بود.[۲]

چون تشریفات یاد شده مشکلاتی برای مردم ایجاد می‌کرد و قابل توجیه نبود،

---

۱. انتشارات اداره کل آموزش دادگستری جمهوری اسلامی ایران؛ *آراء وحدت رویه قضایی* (از تاریخ ۵۸/۸/۲۸ الی ۶۳/۴/۱۲)؛ ص ۷۶ تا ۷۸.

همچنین رجوع کنید به: قربانی، فرج‌الله؛ مجموعه *آراء وحدت رویه*؛ جلد حقوقی، ۱۳۲۸ـ۱۳۷۱، ص ۲۹۴ تا ۲۹۶.

۲. برای ملاحظه این شرایط دشوار رجوع کنید به: ماده ۴۲ ق. ث. ا. ۱۳۱۹ (منسوخ).

قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ آن تشریفات را لغو و تغییر نام خانوادگی را تسهیل کرد. بر اساس ماده ۴۰ همین قانون «تغییر نام خانوادگی با تصویب سازمان ثبت احوال کشور خواهد بود». در حقوق امروز دیگر برای تغییر نام خانوادگی تشریفات پیشین مانند اقدام وزارت کشور و بررسی نخست‌وزیری و صدور فرمان لازم نیست. در اجرای قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ ابتدا بر اساس دستورالعمل شماره ۲۱ مورخ ۱۳۵۶/۶/۱۲ سازمان ثبت احوال، تغییر نام خانوادگی با تصویب مدیران کل استانها و در غیاب آنها با تصویب جانشینانشان امکان‌پذیر بود و در شرایط کنونی، تغییر نام خانوادگی برای بار نخست به موافقت مدیر کل استان یا رئیس سازمان ثبت احوال منوط نشده است (بند ۶ دستورالعمل مصوب ۱۳۸۰)؛ هر چند که، در عمل، تصویب مقامات مرکزی ثبت احوال لازم است جز در مورد تغییر نام خانوادگی از طریق وحدت (بند ۸ـ۱۳ دستورالعمل ۱۳۸۰ و تبصرهٔ آن) که به مدیر کل استان تفویض اختیار گردیده است. لیکن، در این دستورالعمل تغییر نام خانوادگی برای بار دوم، که فقط در موارد استثنایی و با ارائهٔ دلایل موجه تجویز شده، به موافقت رئیس سازمان ثبت احوال موکول شده است (تبصرهٔ بند ۶ دستورالعمل). حال ببینیم در چه مواردی تغییر نام خانوادگی مجاز شناخته شده است.

### ۹۲. موارد تغییر نام خانوادگی

به حکم ماده ۹۷ آیین‌نامه قانون ثبت احوال ۱۳۱۹، اشخاص در موارد ذیل می‌توانستند تغییر نام خانوادگی خود را درخواست نمایند:

۱. هرگاه نام خانوادگی در قلمرو یکی از ادارات ثبت احوال تکرار شده باشد؛

۲. هرگاه منظور، وحدت نام خانوادگی باشد، در مورد اشخاصی که قرابت نسبی و سببی درجه اول یا دوم با اجازه دهنده دارند، با ارائه اجازه‌نامه گواهی شده از کلانتری یا دفتر رسمی یا بخشداری از دارنده حق تقدم؛

۳. هرگاه نام خانوادگی از واژه‌های زشت و ناپسند و مستهجن بوده و یا از سه کلمه یابیشتر ترکیب شده باشد و یا با شغل و شئون اشخاص مناسب نباشد؛

۴. هرگاه محکومیت جزایی به استثنای خلاف برای یکی از افراد خانواده پیش آمده و داشتن نام خانوادگی پیشین موجب ننگ و سرافکندگی باشد؛

۵. هرگاه نام خانوادگی از اسامی ممنوع‌الاستعمال و قابل حذف بوده یا با آنها ترکیب شده باشد.

به موجب مادهٔ ۴۰ ق. ث. ا. مصوّب ۱۳۵۵: «تغییر نام خانوادگی با تصویب سازمان ثبت احوال کشور خواهد بود». همچنین بر اساس تبصره این ماده «موارد تغییر نام خانوادگی مطابق آیین‌نامه اجرایی این قانون می‌باشد». باید اضافه کرد چون آیین‌نامه اجرایی قانون به تصویب نرسیده است، سازمان ثبت احوال در اغلب موارد همچنان از مفاد ماده ۹۷ آیین‌نامه قانون ۱۳۱۹ استفاده می‌کند، یعنی بر طبق دستورالعمل سازمان ثبت احوال (ر.ک.: ش ۹۳) درخواست تغییر نام خانوادگی اغلب، فقط در موارد مذکور در این ماده پذیرفته می‌شود و این کار با تصویب ریاست سازمان ثبت احوال کشور انجام می‌پذیرد. این رویه از لحاظ حقوقی قابل ایراد است، زیرا آیین‌نامه قانون پیشین هم‌زمان با نسخ آن قانون، ارزش خود را از دست داده است و اجرای آن مبنای حقوقی ندارد. در عمل و به ظاهر دستورالعملهای سازمان ثبت احوال جایگزین آیین‌نامهٔ اجرایی موضوع تبصرهٔ مادهٔ ۴۰ شده است.

برابر تبصره ماده ۴۱ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ «... فرزندان کبیر می‌توانند برای خود نام خانوادگی دیگری انتخاب نمایند». حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا در این مورد شرایط و محدودیتهای مقرر برای تغییر نام خانوادگی باید رعایت شود یا اینکه فرزندان کبیر می‌توانند آزادانه نام خانوادگی دیگری انتخاب کنند؟ چنان‌که قبلاً اشاره شد، از آنجا که این مورد نیز از موارد تغییر نام خانوادگی است و امری خلاف اصل به‌شمار می‌آید و آزادی آن برخلاف مصالح اجتماعی است، می‌توان گفت در مورد مذکور نیز شرایط و محدودیتهای تغییر نام باید رعایت شود.

در مورد اقلیتهای مذهبی، مراتب تشرف آنان به دین مبین اسلام همراه با تغییرات مربوط به نام و نام خانوادگی آنان در اسناد سجلی ثبت می‌شود (تبصره ماده ۲۰ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵، اصلاحی ۱۳۶۳). البته در این موارد تغییر نام خانوادگی به حکم قانون بوده، تابع محدودیتهای پیش‌بینی شده در دستورالعمل

سازمان ثبت احوال نیست، لیکن مقررات راجع به حق تقدم نیز در این خصوص لازم‌الرعایه است.

**۹۳. دستورالعمل راجع به تغییر نام خانوادگی مصوّب ۱۳۸۰**

تغییر نام خانوادگی با شرایطی در اداره ثبت احوال و با تصویب رئیس سازمان ثبت احوال صورت می‌پذیرد. هر کس می‌تواند پس از رسیدن به سن قانونی با رعایت مفاد دستورالعمل تغییر نام خانوادگی که از مصوبات شورای عالی ثبت احوال است، فقط برای یک بار نام خانوادگی خود را تغییر دهد (ر.ک.: ش ۹۱). بر اساس ماده ۱۳ دستورالعمل جدید نام خانوادگی مصوّب ۱۳۸۰، افراد در موارد ذیل می‌توانند تغییر نام خانوادگی خود را درخواست نمایند:

«۱۳. اشخاص می‌توانند در موارد ذیل تغییر نام خانوادگی خود را درخواست نمایند:

۱ـ۱۳. نام خانوادگی از واژه‌های نامناسب باشد مانند: پالانی، بیچاره، گدا، آشوغ[1] درویزه[2] و غیر آن.

۲ـ۱۳. نام خانوادگی بیش از دو کلمه باشد مانند: خنجری برار عزیزی، فلاح ناگزیر لنگرودی، قره‌خانی علی‌آباد، امیری‌پور مقدم و غیر آن.

تبصره: کلماتی که به (یاء نسبت) به صورت مفرد یا جمع ختم می‌شوند یک کلمه محسوب می‌گردند مانند: حسینی، حسینیان و غیره.

۳ـ۱۳. نام خانوادگی از واژه‌های خارجی بوده یا با آن ترکیب شده باشد مانند: علی اُف، چارلتون، جانسون و غیره.

۴ـ۱۳. نام خانوادگی از کلمات مذموم یا مغایر با ارزشهای فرهنگ اسلامی باشد مانند: بی‌دین، شیطان‌پرست، شاه‌پرست و غیره.

۵ـ۱۳. نام خانوادگی از واژه‌های منسوب به مناصب یا القاب و عناوین باشد مانند: سرهنگ، خان، مهندس و غیره.

---

۱. آشوغ: ناشناس، گمنام، نامعروف (از دستورالعمل است)

۲. درویزه: درویژه، دریوزه، گدایی (از دستورالعمل است)

۱۳ـ۶. نام خانوادگی از اسامی محل یا منسوب به محل و نامناسب باشد.

۱۳ـ۷. هرگاه محکومیت جزایی مؤثر برای یکی از افراد خانواده (موضوع بند ۱۳ـ۸ همین دستورالعمل) پیش بیاید و داشتن آن نام خانوادگی موجب ننگ و سرافکندگی باشد (ارائه رونوشت مصدق دادنامه قطعی الزامی است).

۱۳ـ۸. هرگاه تغییر نام خانوادگی به منظور وحدت با نام خانوادگی پدر، جدّ پدری، فرزند، برادر، خواهر و عمو باشد.

تبصره: تغییر نام خانوادگی به منظور وحدت با نام خانوادگی مردی که مادر پس از فوت پدر طفل با وی مزاوجت می‌نماید با رعایت سایر مقررات مربوطه بلااشکال است».

تذکر چند نکته درباره این دستورالعمل ضروری به نظر می‌رسد:

الف) با توجه به دستورالعمل معلوم نیست که آیا نام خانوادگی نامناسب با شغل و شئون اشخاص را می‌توان تغییر داد یا نه. بند ۲ ماده ۹۷ آیین‌نامه اجرایی قانون ۱۳۱۹ این امر را مجاز تلقی کرده بود، اما با نسخ قانون، استناد به آیین‌نامه اجرایی آن قابل توجیه نیست. با وجود این می‌توان این‌گونه نام خانوادگی را از مصادیق بند ۱۳ـ۱ دستورالعمل دانست، زیرا کلمهٔ نامناسب در این بند مطلق است و نام خانوادگی نامناسب با شغل و شئون افراد را نیز شامل می‌شود.

قابل ذکر است که الزام افراد به عدم انتخاب نام و محدود کردن آنها برخلاف آزادیهای فردی است،[1] اما دادن حق تغییر نام با در نظر گرفتن شغل و شئون آنها حمایت از آزادی به‌شمار می‌آید؛ بنابراین، ضابطه مندرج در بند ۱۳ـ۱ دستورالعمل، قابل توجیه و منطقی است.

ب) در آیین‌نامهٔ پیشین، تغییر نام خانوادگی برای ایجاد وحدت در آن به

---

۱. ر.ک.: *روزنامه رسمی*؛ ش ۱۱۶۴۴، ص ۲۰ به بعد و مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، جلسه مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۸ و به همین جهت شورای نگهبان متن نخستین تبصره ۲۰ قانون اصلاحی ثبت‌احوال را که به موجب آن انتخاب نامهای منافی با «فرهنگ اسلامی» منع شده بود نپذیرفت؛ با این‌استدلال که «منافات با فرهنگ اسلامی» معنای وسیعی دارد و الزام به عدم انتخاب چنین نامهایی برخلاف آزادی است و با موازین شرعی و قانون اساسی مغایر است.

اشخاصی که قرابت نسبی و سببی درجهٔ اول یا دوم با اجازه‌دهنده داشتند، منحصر شده بود؛ ولی دستورالعمل جدید (بند ۸ـ۱۳) تغییر نام خانوادگی برای وحدت با نام خانوادگیِ خویشان نسبی را به پدر، جد پدری، فرزند، برادر، خواهر و عمو محدود کرده و ضابطهٔ دقیق‌تری را نسبت به دستورالعمل پیشین پذیرفته است و تغییر نام خانوادگی در خویشان سببی را جز «... به منظور وحدت با نام خانوادگی مردی که مادر پس از فوت پدر طفل با وی مزاوجت می‌نماید ...» (تبصرهٔ همان بند) نپذیرفته است.

### ۹۳/۱. حذف پیشوند یا پسوند نام خانوادگی

برابر بند ۱۴ دستورالعمل نام خانوادگی مصوب ۱۳۸۰: «اشخاص می‌توانند در موارد ذیل حذف پیشوند یا پسوند نام خانوادگی خود را درخواست نمایند.

۱ـ۱۴. نام خانوادگی ترکیبی از یک واژه و نام محل یا منسوب به محل باشد مانند: افتخاری علی‌آبادی، تبریزی رادمنش و غیره.

۲ـ۱۴. نام خانوادگی ترکیبی از یک واژه و نام یک ایل یا طایفه باشد مانند: زراسوند احمدی، محسنی قشقایی و غیره.

۳ـ۱۴. نام خانوادگی ترکیبی از یک واژه و نام یکی از حرف و مشاغل باشد مانند: بنکدار قاسمی، مجیدی سقطچی و غیره.

۴ـ۱۴. هرگاه پیشوند یا پسوند نام خانوادگی، حرف، عدد یا کلمه زاید باشد مانند: م قاسمی، شکوهی هفت، مرحومهٔ حسنی و غیره.

تبصره ۱: هرگاه نام خانوادگی ترکیبی از دو نام محل یا منسوب به محل، دو شغل یا دو ایل و طایفه یا ترکیبی از آنها باشد، به انتخاب متقاضی یکی از دو جزء قابل حذف است، مانند شیرازی مشهدی، قنّاد زرگر، موگوئی بختیاری و غیره.

تبصره ۲: چنانچه نام خانوادگی ترکیبی از یک واژه و نام محل یا منسوب به محل به همراه یک کلمه یا پسوند بعد از نام محل باشد به هنگام حذف نام محل، کلمه مزبور نیز حذف می‌گردد: امیری دزفولی‌زاده».

دادن اختیار حذف پیشوند یا پسوند نام خانوادگی به افراد ممکن است به نادیده گرفته شدن حق تقدم دیگران بینجامد. برای نمونه، هرگاه نام خانوادگی فردی محسنی قشقایی باشد و به درخواست وی پسوند قشقایی حذف شود، حق تقدمِ دارندگانِ این نام خانوادگی در محل نادیده گرفته شده است و از این جهت دستورالعمل ایراد دارد.

**۹۴. رعایت حق تقدم**

در تغییر نام خانوادگی نیز، همانند انتخاب نام خانوادگی برای نخستین بار، باید حق تقدم دارندهٔ آن حق رعایت گردد. مأموران ثبت احوال باید از ثبتِ نامِ خانوادگی‌ای که حق تقدم آن با دیگری است خودداری کنند. در غیر این صورت «هرکس که اسم خانوادگی او را دیگری بدون حق، اتخاذ کرده باشد، می‌تواند اقامه دعوی کرده و در حدود قوانین مربوطه، تغییر نام خانوادگی غاصب را بخواهد» (ماده ۹۹۸ ق. م. و ماده ۱۰ دستورالعمل). تشخیص این اولویت و حق تقدم، با مراجعه به دفاتر ثبت احوال امکان‌پذیر است (قسمت اخیر ماده ۹۹۸ ق. م. و ماده ۴۱ ق. ث. ا.). رسیدگی به این امر نیز در صلاحیت دادگاه می‌باشد (مستفاد از ماده ۹۹۸ ق. م. و ماده ۱۰ دستورالعمل).

**۹۵. تغییر نام خانوادگی بدون رعایت حق تقدم**

از آنجاکه بر طبق تبصره ماده ۴۱ ق.ث.ا. مصوب ۱۳۵۵ «نام خانوادگی فرزند همان نام خانوادگی پدر خواهد بود ...» ماده ۷ دستورالعمل ۱۳۸۰، چنین مقرر داشته است:

«۷. در صورتی که نام خانوادگی پدر تغییر یابد تغییر نام خانوادگی فرزندان کمتر از ۱۸ سال با درخواست کتبی پدر خواهد بود. فرزندان کبیر می‌توانند با اخذ اجازه‌نامه از پدر، از نام خانوادگی جدید وی استفاده کنند.

۱ـ۷. هرگاه نام خانوادگی پدری تغییر کرده و در سند سجلی وی اجرا شده باشد در صورت فوت پدر، هر یک از فرزندان می‌توانند (بدون کسب اجازه) از نام خانوادگی جدید پدر استفاده نمایند.

۲ـ۷. هرگاه نام خانوادگی پدر و جد پدری متفاوت باشد فرزندان کبیر می‌توانند بدون در نظر گرفتن حق تقدم و محل صدور شناسنامه با اخذ اجازه‌نامه از جد پدری از نام خانوادگی وی استفاده نمایند».

برطبق ماده ۸ دستورالعمل، «قیم یا وصی می‌تواند برای تغییر نام خانوادگی اطفال تحت سرپرستی خود، تغییر نام خانوادگی آنان را درخواست نماید».

### ۹۶. تغییر نام خانوادگی با حکم دادگاه[1]

در موارد ذیل اداره ثبت احوال مکلف است مفاد حکم صادره از محکمه صالحه را رعایت نموده، نسبت به تغییر نام خانوادگی با درج توضیحات لازم در حاشیه سند اقدام نماید:

۱. در صورت انجام دادن تشریفات لعان (موضوع ماده ۱۰۵۲ ق. م.) هرگاه شناسنامه‌ای برای طفل صادر شده باشد، نام خانوادگی شوهر زن، از شناسنامه طفل حذف و نام خانوادگی جدید به او داده خواهد شد.[2]

۲. در موارد اقرار به نسب (موضوع ماده ۱۲۷۳ ق. م.) نیز هرگاه دادگاه حکم لازم را صادر کرده، نسب طفل را مشخص نماید، نام خانوادگی فرضی او، تغییر می‌یابد.[3]

۳. در موارد صدور حکم سرپرستی برای اطفال بی‌سرپرست نیز، پس از ابلاغ حکم به اداره ثبت احوال، اداره مزبور موظف است با مشخصات جدید زوجین، برای طفل شناسنامه صادر نماید.

## د) حقوق و تکالیف راجع به نام و نام خانوادگی

### ۹۷. به کار بردن نام و نام خانوادگی هم حق و هم تکلیف است

به کار بردن نام و نام خانوادگی حق شخص است و نمی‌توان کسی را از استفاده از نام قانونی خود منع کرد، به‌ویژه شخص می‌تواند برای انجام دادن اعمال حقوقی

---

۱. تغییر نام خانوادگی امروزه در صلاحیّت سازمان ثبت احوال کشور است (ر. ک.: همین *کتاب*؛ ش ۹۱).

۲. برای ملاحظه نفی نسب به وسیله لعان و شرایط آن رجوع کنید به: *احکام‌النسب فی‌الشریعةالاسلامیة* (*طرق اثباته و نفیه*)؛ ص ۴۵۱ به بعد و *حقوق خانواده*؛ ج ۱، ش ۱۱۳.

۳. برای مطالعه تفصیلی در این مورد نیز رجوع کنید به: *احکام النسب فی‌الشریعةالاسلامیة* (*طرق اثباته و نفیه*)؛ ص ۲۳۷ به بعد و ص ۲۷۱ و *احکام الاسرة فی‌الاسلام*؛ ص ۶۹۴ به بعد و ص ۷۰۰.

نام خود را به‌کار برد. امضای هر کس کتابت نام او یا نشانه‌ای از آن است. هنگامی که شخصی سندی را امضا می‌کند، در حقیقت علامتی از شخصیت و اراده خود را بر نوشته‌ای نهاده، آن را به صورت یک سند حقوقی در می‌آورد.

به کار بردن نام و نام خانوادگی یک تکلیف است. شخص مکلف است با نام خانوادگی‌ای که برای او تعیین شده و به ثبت رسیده است خود را به مراجع قانونی معرفی کند، وظایف و تعهدات خویش را انجام دهد و ملتزم به کلیه آثار حقوقی ناشی از نام خود باشد؛ به‌ویژه باید با نام خانوادگی خود در قراردادها و اعمال حقوقی ظاهر شود و اسناد مربوط را امضا کند. به جای دیگری امضا کردن، با شرایطی که در قانون مقرر شده است، جعل محسوب می‌شود و قابل تعقیب است.

هرکس مکلف است در روابط حقوقی خود با دولت نام خانوادگی خود را به کار برد چنان‌که اگر دادخواستی به دادگاه می‌دهد به نام خود او باشد (مگر اینکه در این امر وکالت داشته باشد) یا نام خود را برای انتخابات در دفاتر مخصوص به ثبت برساند. شاید به همین دلیل است که ماده ۱۹۶ ق. م. مقرر می‌دارد «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نماید یا بعد، خلاف آن ثابت شود ...».

**۹۸. حق فردی نسبت به نام خانوادگی**

نام خانوادگی یک حق فردی برای آدمی ایجاد می‌کند که قانون از آن حمایت می‌نماید.[۱]

هرکس که نام خانوادگی او را دیگری بدون حق اتخاذ کرده باشد، می‌تواند در دادگاه اقامه دعوی کرده، تغییر نام خانوادگی غاصب را بخواهد (ماده ۹۹۸ ق. م.). قانون برای کسی که نخستین بار یک نام خانوادگی را برای خود انتخاب کرده و در

---

۱. برخی از حقوقدانان این حق را حق استعمال انحصاری نام خانوادگی نامیده‌اند (امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۴، ص ۲۰۵).

دفتر نام خانوادگی اداره ثبت احوال به ثبت رسانده حقی به عنوان حق تقدم نام خانوادگی قائل شده که قابل انتقال به ورثه است. به موجب این حق، دیگری نمی‌تواند در حوزه آن اداره همان نام خانوادگی را اختیار کند مگر با اجازه دارنده حق تقدم (ماده ۴۱ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵).

**۹۹. حق بر نام خانوادگی از حقوق مربوط به شخصیت است**

چون حقِ شخص بر نام خود، یک حق غیر مالی و از حقوق مربوط به شخصیت است، قابل نقل و انتقال و واگذاری نیست و نمی‌تواند موضوع معامله واقع گردد. همچنین حق مزبور با مرور زمان ساقط نمی‌شود، زیرا حقوقدانان مرور زمان را در حقوق غیر مالی جاری نمی‌دانند؛ لیکن حق تقدم نام خانوادگی چنان‌که گفتیم پس از فوت دارنده آن به وراث قانونی او انتقال می‌یابد و هر یک از وراث می‌تواند شخصی را که نام خانوادگی او را بدون مجوز قانونی اختیار کرده است، مورد اعتراض و تعقیب قانونی قرار دهد، تغییر نام خانوادگی او را از دادگاه بخواهد، ولی وراث فقط بالاتفاق می‌توانند به دیگری اجازه دهند که نام خانوادگی آنها را اختیار کند (بند آخر ماده ۴۱ ق. ث. ا.).

**گفتار دوم: اقامتگاه**[1]

**۱۰۰. مقدمه و تقسیم موضوع**

در فقه اسلامی بحثی راجع به اقامتگاه دیده نمی‌شود و مواد ۱۰۰۲ تا ۱۰۱۰ ق. م.

---

۱. چون اقامتگاه با محل سکونت فرق دارد در زبانهای فرانسه وانگلیسی اقامتگاه را با domicile و محل سکونت را با résidence معرفی می‌کنند (الفاروقی، حارث سلیمان؛ *المعجم القانونی* و Planiol, M. and Ripert; G. *Treatise on The Civil Law*; vol. 1, part 1, n. 554, p. 343, n. 608, p. 366).

برای بحث تفصیلی راجع به اقامتگاه رجوع کنید به: حسنی، حسن؛ *اقامتگاه در حقوق ایران* (رساله دکتری).

که راجع به اقامتگاه است با استفاده از حقوق فرانسه و سویس تدوین شده است. اقامتگاه مانند نام، یکی از ویژگیها و ممیزات شخص است و او را از لحاظ حقوقی به محل معینی وابسته می‌سازد. همان‌طور که هرشخص نامی دارد، اقامتگاهی نیز باید داشته باشد تا از این طریق از دیگران تمایز پیدا کند و پاره‌ای روابط و امور حقوقی که به اقامتگاه مربوط است به آسانی انجام پذیرد. اقامتگاه یک امر فرضی و قانونی است، یعنی محلی است که شخص به حکم قانون در آنجا حاضر فرض می‌شود، اگرچه در آن محل حضور نداشته باشد؛ بنابراین سکنا و حضور مادی شرط اقامتگاه نیست. برای روشن شدن موضوع و نشان دادن ارزش کار قانون‌گذار، شایسته است تعریف اقامتگاه، فایده و اهمیت و اقسام آن را به اختصار مورد بحث و بررسی قرار بدهیم.

### الف) تعریف و کلیات

#### ۱۰۱. تعریف اقامتگاه

ماده ۱۰۰۲ ق. م. در تعریف اقامتگاه می‌گوید «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز مهم امور او اقامتگاه محسوب است. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود»؛ بنابراین در حقوق ایران، اقامتگاه شخص مرکز مهم امور اوست، یعنی جایی که منافع و فعالیت شخص در آنجا متمرکز است. ممکن است شخص در محلی سکنا داشته، ولی مرکز مهم امور او جای دیگر باشد، چنان‌که در کرج سکنا داشته، لیکن محل کار و فعالیت اقتصادی و منافع و سرمایه او در تهران باشد. در این صورت اقامتگاه و مرکز مهم امور او، تهران است نه محل سکنای وی، یعنی کرج. با وجود این چنان‌که از ماده ۱۰۰۲ ق. م. برمی‌آید، اصولاً محل سکنای شخص مرکز مهم امور و اقامتگاه او فرض می‌شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

چون اقامتگاه برای تمایز اشخاص از یکدیگر و تسهیل روابط حقوقی آنان

است و تعدد آن با این منظور منافات دارد، قانون‌گذار اصل وحدت اقامتگاه را پذیرفته و می‌گوید «هیچ کس نمی‌تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد» (ماده ۱۰۰۳ ق.م.).

در حقوق فرانسه مانند حقوق ایران اقامتگاه مرکز مهم امور شخص است، ولی در برخی از کشورهای دیگر، مانند سویس، آلمان، اسپانیا و پرتغال، اقامتگاه محل سکنای شخص است. نظریه‌ای که در حقوق ایران و فرانسه پذیرفته شده دارای این مزیت است که:

اولاً، مرکز مهم امور شخص ثابت است و کمتر دستخوش دگرگونی می‌شود، در حالی که محل سکنا به آسانی تغییر می‌پذیرد و این تغییر در صورتی که ملازم با تغییر اقامتگاه باشد اشکالاتی در روابط حقوقی مردم ایجاد می‌کند.

ثانیاً، معمولاً در مرکز مهم امور شخص است که دیگران با او تماس می‌گیرند و روابط حقوقی برقرار می‌کنند، پس برای اشخاصی که طرف معامله و رابطه حقوقی با انسان هستند راحت‌تر و مناسب‌تر آن است که اقامتگاه او همین محل باشد، تا بتوانند به آسانی به او دسترسی پیدا کنند.

برابر قسمت آخر ماده ۱۰۰۲ ق. م. «اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود». به نظر می‌رسد که مقصود از مرکز عملیات، مرکز عملیات اداری است؛ یعنی محلی که دفترها و ارکان تصمیم گیرنده شخص حقوقی در آنجا قرار دارد و تصمیمها در آنجا گرفته می‌شود. این محل معمولاً ثابت است و مرکز امور شخص حقوقی تلقی می‌شود. ماده ۵۹۰ ق. ت. هم مقرر می‌دارد «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست». بنابر آنچه در تفسیر ماده ۱۰۰۲ ق. م. گفتیم، این ماده تعارضی با ماده ۵۹۰ ق. ت. نخواهد داشت (ر. ک.: ش ۱۴۹ به بعد).

### ۱۰۲. فایده و اهمیت اقامتگاه

اقامتگاه در زندگی حقوقی امروز نقش مهمی ایفا می‌کند و دارای فواید متعددی

است که در قوانین و مقررات مختلف به آن اشارت رفته است، به‌ویژه در بسیاری از موارد تعیین دادگاه صالح بر مبنای اقامتگاه شخص انجام می‌گیرد:

۱. دادگاه صالح، برای رسیدگی به دعاوی، اصولاً دادگاه اقامتگاه خوانده است (ماده ۱۱ ق. آ. د. م.).

۲. دعاوی و امور راجع به ورشکستگی به دادگاه اقامتگاه تاجرِ ورشکسته ارجاع می‌شود، مانند دعاوی توقف (ماده ۲۱ ق. آ. د. م. و ماده ۴۱۳ ق. ت.) و تعیین مدیر تصفیه (ماده ۴۲۷ ق. ت.).

۳. دادگاه صالح برای رسیدگی به حجر و تعیین قیم و امور قیمومت، دادگاه اقامتگاه محجور است (ماده ۴۸ ق. ا. ح.)، (ر. ک.: ش ۵۴).

۴. امور راجع به غایب مفقودالاثر، از قبیل نصب امین برای اداره اموال او، با دادگاه حقوقی آخرین اقامتگاه غایب است (ماده ۱۲۶ ق. ا. ح.) و در حوزه‌هایی که بر طبق قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۷۳، دادگاه عمومی تشکیل شده است دادگاه مزبور، صالح برای رسیدگی به این امر نیز می‌باشد. همچنین تحقیق درباره غایب در آخرین اقامتگاه او به عمل می‌آید. اعلانی که برای کسب اطلاع از او پیش‌بینی شده است در یکی از جراید محل (اقامتگاه غایب) و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران منتشر می‌گردد (ماده ۱۰۲۳ ق. م.)، (ر. ک.: ش ۵۴).

۵. ابلاغ اظهارنامه، دادخواست، احضاریه، اخطاریه، اجراییه، رأی دادگاه و دیگر برگهای دادرسی اغلب در اقامتگاه شخص به عمل می‌آید (مستنبط از تبصره ۱ ماده ۶۸ به بعد ق. آ. د. م.).

۶. هرگاه اقامتگاه اصحاب دعوی خارج از کشور باشد کلیه مواعد قانونی- مانند موعد رفع نقص دادخواست یا اعتراض به نظر کارشناس دو ماه خواهد بود (ماده ۴۴۶ ق.آ.د.م.)، در حالی که برای اشخاص مقیم ایران مدت کمتری در نظر گرفته شده است.

۷. در مواردی که اقامتگاه طرفین دعوی یا یکی از آنها در خارج از مقر دادگاه

باشد، روز جلسه دادرسی باید با رعایت مسافت و مدتی که عادتاً برای ابلاغ و حضور در دادگاه لازم است معین شود (مواد ۶۴ و ۴۲۲ ق. آ. د. م.).

۸. در کلیه اسناد رسمی باید اقامتگاه متعاملین به‌وضوح قید شود و هرگاه متعاملین تغییر محل اقامت خود را بعد از ثبت سند و قبل از صدور اجراییه کتباً به دفتر اسناد رسمی که سند در آن ثبت شده یا پس از صدور اجراییه و قبل‌از ابلاغ به اداره اجرا اطلاع ندهند، کلیه اوراق به همان محلی که در سند قید شده ابلاغ می‌گردد و متعهد نمی‌تواند به عذر عدم اطلاع متعذر گردد (ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، مصوب ۱۳۲۲ و تبصره ۳ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد، مصوب ۱۳۵۱).

**ب) اقسام اقامتگاه**

**۱۰۳. ذکر اقسام**

هر شخصی اصولاً می‌تواند با اراده و اختیار خود اقامتگاهی را انتخاب نماید یا در قراردادهای خصوصی و اوراق دادرسی محلی را به عنوان اقامتگاه خویش برگزیند، اما گاه پاره‌ای از افراد در موقعیتهایی قرار دارند که اقامتگاه بر آنان تحمیل می‌شود و مانند دیگران از آزادی در انتخاب و تعیین اقامتگاه برخوردار نیستند؛ بنابراین اقامتگاه مطابق قانون بر سه قسم است: اقامتگاه اختیاری یا ارادی، اقامتگاه اجباری و اقامتگاه انتخابی یا قراردادی.

**۱۰۴. قسم اول: اقامتگاه اختیاری یا ارادی (عمومی)**

اقامتگاه اختیاری یا ارادی جایی است که شخص به میل و اختیار و اراده خود به عنوان محل سکنا و مرکز مهم امور خویش انتخاب می‌کند و اگر مرکز مهم امور، غیر از محل سکونت انتخابی شخص باشد، اقامتگاه او، چنان‌که گفتیم، مرکز مهم امور اوست (ماده ۱۰۰۲ ق. م.). این اقامتگاه که اقامتگاه عمومی شخص محسوب

می‌شود نمی‌تواند متعدد باشد (ماده ۱۰۰۳ ق. م.)[1] و اگر مرکز امور شخص متعدد باشد، جایی که منافع و فعالیت و امور حقوقی شخص بیشتر در آنجا متمرکز است اقامتگاه او محسوب خواهد شد.

اقامتگاه ارادی همان‌طور که با اراده و اختیار شخص تعیین می‌شود، تغییر آن نیز به وسیله سکونت حقیقی در محل دیگر به عمل می‌آید، مشروط بر اینکه مرکز مهم امور او نیز به همان محل انتقال یافته باشد (ماده ۱۰۰۴ ق. م.) و نمی‌توان بدون رضایت شخص اقامتگاه او را تغییر داد (اصل سی‌وسوّم قانون اساسی).

قابل ذکر است که اقامتگاه شخص حقوقی، یعنی محلی که مرکز اداره و تصمیم‌گیری شخص حقوقی است، اغلب یک اقامتگاه اختیاری یا ارادی محسوب می‌شود، زیرا این محل با اراده و اختیار نمایندگان قانونی شخص حقوقی تعیین می‌شود.

**۱۰۵. قسم دوم: اقامتگاه اجباری**

اقامتگاه اجباری اقامتگاهی است که قانون برای بعضی از اشخاص با در نظر گرفتن ارتباط و وابستگی آنان به شخص دیگر یا از نظر شغل و مقام آنان به اجبار تعیین می‌کند، بدون آنکه اراده آنان در تعیین آن دخالت داشته باشد. در واقع در این نوع اقامتگاه، قانون محلی را مرکز مهم امور شخص فرض می‌کند و به‌طور الزامی آن را اقامتگاه شخص می‌شناسد. برابر مواد ۱۰۰۵ تا ۱۰۰۹ ق. م. اشخاص ذیل دارای اقامتگاه اجباری هستند: زن شوهردار، محجور، مأمورین دولت، افراد نظامی و خدمه.

**۱۰۶. الف) اقامتگاه زن شوهردار**

بر اساس ماده ۱۰۰۵ ق. م.، اقامتگاه زن شوهردار همان اقامتگاه شوهر است. با

---

۱. با وجود این، هر شخصی می‌تواند علاوه بر اقامتگاه عمومی، برحسب مورد، اقامتگاه خاصی برای اجرای تعهدات ناشی از قرارداد یا ابلاغ اوراق دادرسی داشته باشد (ر.ک.: ش ۱۱۸ و ۱۱۹).

وجود این زنی که شوهر او اقامتگاه معلومی ندارد و همچنین زنی که با رضایت شوهر خود و یا با اجازه دادگاه مسکن جداگانه اختیار کرده، می‌تواند اقامتگاه شخصی مستقلی نیز داشته باشد. از آنجا که برابر قانون اصولاً زن باید در منزل شوهر ساکن باشد (ماده ۱۱۱۴ ق. م.) و ریاست خانواده با شوهر است (ماده ۱۱۰۵ ق. م.) و در واقع مرکز مهم امور زن، خانه شوهر است، طبیعی و منطقی است که اقامتگاه اجباری زن همان اقامتگاه شوهر باشد. چنان‌که از ماده ۱۰۰۵ ق. م. برمی‌آید اقامتگاه شوهر در صورتی اقامتگاه اجباری زن محسوب می‌شود که زن در آنجا سکونت داشته باشد در این صورت قانون‌گذار فرض می‌کند که محل سکونت زن مرکز مهم امور اوست، لیکن اگر زن در اقامتگاه شوهر سکونت نداشته باشد، اقامتگاه او مستقل خواهد بود. فرض کنید که مرکز مهم امور و محل سکونت شوهر در تهران است و زن با رضایت شوهر در کرج سکنا گزیده است، در این صورت اقامتگاه زن در کرج خواهد بود، نه در تهران.

**۱۰۷. موارد تفریق اقامتگاه زوجین**

برابر ماده ۱۰۰۵ ق. م.[1] در چهار مورد اقامتگاه زن، غیر از اقامتگاه شوهر است:

۱. در موردی که شوهر اقامتگاه معلومی نداشته باشد؛

۲. در موردی که زن به موجب شرط ضمن عقد نکاح، حق تعیین مسکن داشته و مسکن جداگانه اختیار کرده باشد؛

۳. در موردی که زن بعد از وقوع نکاح، مطابق توافقی که با شوهر کرده است و با رضایت او مسکن جداگانه اختیار کرده باشد؛

۴. در موردی که بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا

---

۱. ماده ۱۰۰۵ ق. م. «اقامتگاه زن شوهردار همان اقامتگاه شوهر است، مع‌ذلک زنی که شوهر او اقامتگاه معلومی ندارد و همچنین زنی که با رضایت شوهر خود و یا با اجازه محکمه مسکن علی‌حده اختیار کرده، می‌تواند اقامتگاه شخصی علی‌حده نیز داشته باشد».

مالی یا شرافتی برای زن باشد (ماده ۱۱۱۵ ق. م.) و زن با اجازه دادگاه مسکن جداگانه اختیار کرده باشد.

### ۱۰۸. اقامتگاه زن ناشزه

اگر زن ناشزه بوده، بدون مجوز قانونی جدا از منزل شوهر زندگی کند، آیا اقامتگاه قانونی او جدا از اقامتگاه شوهر خواهد بود یا نه؟

چون نشوز (نافرمانی و انجام ندادن وظیفه) برخلاف قانون است، نباید از نظر تغییر اقامتگاه قانونی مؤثر باشد. علاوه بر این، استثنائات مذکور در ماده ۱۰۰۵ ق. م. شامل این مورد نمی‌شود؛ بنابراین می‌توان گفت اقامتگاه قانونی زن ناشزه همان اقامتگاه شوهر است.[1]

### ۱۰۹. اقامتگاه زن قبل از رفتن به خانه شوهر

هرگاه زن پس از عقد نکاح هنوز در خانه پدر بوده و به خانه شوهر نرفته باشد، آیا اقامتگاه او جدا از اقامتگاه شوهر است یا نه؟

این مورد به‌طور صریح در قانون پیش‌بینی نشده است؛ با وجود این می‌توان گفت اقامتگاه زن در این مورد جدا از اقامتگاه شوهر است، زیرا:

اولاً، در خانه پدر سکونت دارد و مرکز مهم او خانه پدر است، نه اقامتگاه شوهر؛

ثانیاً، برحسب عرف و عادت، که اراده شوهر را تفسیر می‌کند، شوهر به‌طور ضمنی بر این امر رضایت داده است و مورد، مشمول یکی از استثناهای مذکور در ماده ۱۰۰۵ است؛

ثالثاً، اصل عملی استصحاب مؤید این نظر است.

البته اگر شوهر عدم رضایت خود را به ماندن زن در خانه پدر اعلام کرده و زن

---

۱. برای ملاحظه نظر مخالف رجوع کنید به: امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۴، ص ۲۱۹ و ۲۲۰.

بدون اینکه حق تعیین مسکن به موجب قرارداد داشته باشد، به سکونت خود در خانه پدر ادامه دهد، ناشزه محسوب می‌شود و چنان‌که گفتیم، اقامتگاه قانونی او نمی‌تواند جدا از اقامتگاه شوهر باشد.

**۱۱۰. رفع ابهام از ماده ۱۰۰۵ ق. م.**

ممکن است با توجه به ظاهر ماده ۱۰۰۵ ق. م. و کلمه «می‌تواند» گفته شود که زن در انتخاب مسکن علی‌حده در موارد یاد شده مخیر است؛ بنابراین اقامتگاه او اقامتگاه اجباری نیست؛ اما مقصود قانون‌گذار از ماده ۱۰۰۵ ق. م. با اینکه کلمه می‌تواند را به کار برده این نیست که زن در موارد مذکور در قسمت اخیر ماده یاد شده مخیر است اقامتگاهی جدا از اقامتگاه شوهر داشته باشد و اجباری در این خصوص ندارد.

این معنی با مفهوم اقامتگاه اجباری و نیز با هدفی که قانون‌گذار از تعیین اقامتگاه اشخاص دارد، (حاضر فرض کردن شخص در محل معین برای تسهیل روابط حقوقی) سازگار نیست؛ بنابراین می‌توان گفت عبارت ماده ۱۰۰۵ ق. م. خوب تنظیم نشده است و حقیقت این است که در موارد مذکور اقامتگاه زن الزاماً جدا از اقامتگاه شوهر خواهد بود.

شاید بتوان گفت استعمال کلمه «می‌تواند» در ماده یاد شده از این لحاظ است که زن در اکثر مواردی که در اقامتگاه شوهر زندگی نمی‌کند اجبار و الزامی به این امر ندارد و فقط می‌تواند و حق دارد که مسکن علی‌حده‌ای داشته باشد، اما اگر مسکن جداگانه‌ای برای خود برگزید و این گزینش مخالف قانون نبود، اقامتگاه او الزاماً جدا از اقامتگاه شوهر خواهد بود.

**۱۱۱. ب) اقامتگاه محجور**

محجور کسی است که به علت صغر سن یا نقص یا اختلال قوای دماغی از تصرف آزادانه در اموال و ادارهٔ امور حقوقی خود ممنوع است. کلمهٔ محجور شامل صغیر،

مجنون و سفیه است. راجع به اقسام محجورین و طریقهٔ حمایت از آنان در بخش دوم کتاب (محجورین) سخن خواهیم گفت. در اینجا فقط یادآور می‌شویم که بر طبق ماده ۱۰۰۶ ق. م. «اقامتگاه صغیر یا محجور، همان اقامتگاه ولیّ یا قیم آنهاست»؛ بنابراین اقامتگاه طفلی که هنوز به سن بلوغ و رشد نرسیده است الزاماً اقامتگاه پدر و جد پدری او یا اقامتگاه شخص منصوب از طرف یکی از آنان (وصی) یا کسی است که از طرف دادگاه برای سرپرستی او معین شده که در اصطلاح حقوقی قیم نامیده می‌شود.

اگر صغیر هم پدر و هم جد پدری داشته باشد که هر دو ولیّ قهری او محسوب می‌شوند اقامتگاه او کجاست؟ از آنجا که مبنای اقامتگاه اجباری صغیر سکونت او در منزل ولیّ است، در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت صغیر با هر یک از پدر و جد پدری سکونت داشته باشد محل سکونت او اقامتگاه محجور به شمار می‌آید. اگر اقامتگاه پدر و جد پدری متفاوت باشد نمی‌توان دو اقامتگاه اجباری برای مولی‌علیه در نظر گرفت، زیرا اصل وحدت اقامتگاه است (ماده ۱۰۰۳ ق. م.) و داشتن دو اقامتگاه اجباری با اصل مزبور و فلسفهٔ تعیین اقامتگاه که تسهیل روابط حقوقی اشخاص است، منافات دارد.

### ۱۱۲. اقامتگاه زن شوهردار محجور

هرگاه زن شوهرداری محجور باشد، آیا اقامتگاه او اقامتگاه شوهر است، یا اقامتگاه ولیّ یا قیم او؟ در پاسخ این سؤال می‌توان گفت چون وابستگی زن به شوهر از لحاظ روابط زوجیت و حقوق و تکالیف ناشی از آن و ریاست شوهر بر خانواده، بیشتر از وابستگی زن به ولیّ یا قیم است، از سوی دیگر وحدت و یکپارچگی در خانواده از لحاظ حقوقی مطلوب و موافق اهداف قانونگذار است، اقامتگاه زن شوهردار محجور، همان اقامتگاه شوهر است، نه اقامتگاه ولیّ یا قیم زن؛ لیکن این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا صرف نظر از روابط زوجیت، ادارهٔ اموال و امور حقوقی محجور با ولیّ یا قیم اوست و اگر شخصی حقی بر محجور داشته باشد، بجاست که

برای استیفای آن به ولیّ یا قیم زن مراجعه کند، پس شایسته است که دعوای محجور در دادگاه اقامتگاه ولیّ یا قیم اقامه شود و اوراق دعوی به همان اقامتگاه ابلاغ گردد، تا ولیّ یا قیم بتواند به موقع از دعوی دفاع کند، به اظهارات خواهان، پاسخ گوید یا اقدام دیگری که به مصلحت محجور است انجام دهد. در واقع مرکز مهم امور حقوقی محجور اقامتگاه ولیّ یا قیم است؛ بنابراین به نظر می‌رسد اقامتگاه زن شوهرداری که محجور است همان اقامتگاه ولیّ یا قیم است.

**۱۱۳. تأثیر حجر شوهر بر اقامتگاه زن**

هرگاه زن، صغیر و تحت ولایت باشد و شوهر بعد از عقد نکاح دیوانه شود و حکم حجر او از دادگاه صادر و قیمی به جز ولیّ زن برای او تعیین گردد آیا اقامتگاه زن در این فرض اقامتگاه قیم شوهر است یا اقامتگاه ولیّ خود زن؟

در این مورد ریاست شوهر بر خانواده زایل و همبستگی حقوقی زن و شوهر ضعیف می‌شود، پس می‌توان گفت ارتباط و وابستگی زن از لحاظ حقوقی به ولیّ خود بیشتر است تا به قیم شوهرش؛ بنابراین اقامتگاه زن اقامتگاه ولیّ خود خواهد بود. بند اول ماده ۱۰۰۵ ق. م. هم منصرف از این مورد است و شامل آن نمی‌شود، زیرا مقصود قانون‌گذار در این ماده تحمیل اقامتگاه مستقیم شوهر بر زن بوده است نه تحمیل اقامتگاه ولیّ یا قیم شوهر. به طریق اولیٰ هرگاه زن محجور نباشد اقامتگاه شوهر محجور بر او تحمیل نمی‌شود، به دیگر سخن، در این فرض، زوجه اقامتگاه اجباری ندارد.

**۱۱۴. ج) اقامتگاه مأمورین دولت**

«اقامتگاه مأمورین دولتی، محلی است که در آنجا مأموریت ثابت دارند» (ماده ۱۰۰۷ ق. م.)؛ بنابراین هرگاه مأموری برای بازرسی و یا انجام دادن مأموریتی به‌طور موقت به شهر دیگری اعزام شود و یا به مسافرت برود، اقامتگاه او تغییر نخواهد کرد، بلکه در صورتی اقامتگاه مأمور دولت تغییر می‌کند که بر اساس حکم کارگزینی

به مکان دیگری به طور دائم منتقل گردد. در حقوق فرانسه نیز ـ که ظاهراً مأخذ قانون مدنی ایران در این زمینه است ـ بر طبق ماده ۱۰۶ و ۱۰۷ ق. م.، مأموریت موقت موجب تغییر اقامتگاه نمی‌باشد و فقط مأموریت دائم و غیر قابل عزل در تغییر اقامتگاه مؤثر است.[1]

### ۱۱۵. د) اقامتگاه افراد نظامی

«اقامتگاه افراد نظامی که در ساخلو هستند محل ساخلوی آنهاست» (ماده ۱۰۰۸ ق. م.) ساخلو به معنی پادگان است و آن گروهی است از سربازان که در مکانی جای گزیده و به حفظ و نگهبانی آن گماشته شده باشند.[2] در مادهٔ ۱۰۰۸ ق.م. مکان استقرار گروه نظامی ساخلو نامیده شده است، نه خود گروه. این ماده ظاهراً از مادهٔ ۹ قانون مدنی آلمان گرفته شده است. مبنای قاعده این است که مرکز مهم امور نظامیان پادگان آنان است؛ پس همان‌جا باید اقامتگاه قانونی آنان باشد، همان گونه که محل مأموریت ثابت کارمندان دولت اقامتگاه آنان به شمار آمده است.

### ۱۱۶. هـ) اقامتگاه خدمه

اگر اشخاص کبیر، که معمولاً نزد دیگری کار یا خدمت می‌کنند، در منزل کارفرما یا مخدوم خود سکونت داشته باشند، اقامتگاه آنها همان اقامتگاه کارفرما یا مخدوم آنها خواهد بود (ماده ۱۰۰۹ ق. م.). در این نوع اقامتگاه دو ویژگی ملاحظه می‌شود:

۱. خدمه مورد نظر، اشخاص کبیر غیر محجور می‌باشند، زیرا همان‌طور که گفته شد، بر اساس ماده ۱۰۰۶ ق. م. «اقامتگاه صغیر یا محجور اقامتگاه ولیّ آنها است»؛

۲. افراد مذکور در منزل مخدوم خویش سکونت دارند، مانند سرایداران

---

1. Cf.: Dalloz; *Code civil (français).*

و نیز: *اقامتگاه در حقوق ایران* (رساله دکتری)؛ ش ۸۷، ص ۹۲.

۲. *لغت‌نامه دهخدا*، کلمه‌های پادگان و ساخلو.

آپارتمانها و منازل؛ پس هرگاه خدمتگزاری در منزل کارفرمای خود ساکن نباشد، اقامتگاه او اقامتگاه کارفرما نخواهد بود.

با وجود این تحمیل اقامتگاه مخدوم به خادم در فرضی که خادم در منزل مخدوم سکونت داشته باشد ولی اقامتگاه کارفرما در مرکز مهم امور او و در جایی دیگر باشد (ماده ۱۰۰۲ ق. م) منطقی به نظر نمی‌رسد و حکم مادهٔ ۱۰۰۹ ق. م. ناظر به موردی است که مرکز مهم امور مخدوم و محل سکونت وی یکجا قرار دارد.

به عبارت دیگر کبیر بودن و محجور نبودن و همچنین سکونت در محل اقامت کارفرما را باید شرط تحقق این نوع اقامتگاه اجباری و در نتیجه شرط اجرای ماده ۱۰۰۹ ق. م. دانست.

**۱۱۷. قسم سوم: اقامتگاه انتخابی یا قراردادی**

اقامتگاه انتخابی یا قراردادی اقامتگاه خاصی است که طرفین معامله برای اجرای تعهدات یا دعاوی ناشی از قرارداد یا ابلاغ اوراق دادرسی مربوط به آن انتخاب می‌کنند. اقامتگاه قراردادی غالباً محلی است که شخص به آن بستگی پایداری ندارد و مرکز مهم امور او محسوب نمی‌شود و فقط اراده طرفین قرارداد است که به آن عنوان اقامتگاه می‌دهد و این اقامتگاه تنها در مورد قرارداد مربوط منشأ اثر است. فرض کنید دو نفر که در دو شهر مختلف سکونت دارند، با یکدیگر قراردادی می‌بندند که یکی را بستانکار و دیگری را بدهکار می‌کند. برای بستانکار دشوار است که در صورت اختلاف، در دادگاه اقامتگاه بدهکار، که ممکن است بسیار دور باشد، اقامه دعوی کند، از این رو شرط می‌کند که اقامتگاه بدهکار برای دعاوی ناشی از عدم اجرای قرارداد در شهر محل سکونت بستانکار باشد، تا بتواند در دادگاه همین شهر علیه بدهکار اقامه دعوی نماید. ماده ۱۰۱۰ ق. م. در این زمینه مقرر می‌دارد «اگر ضمن معامله یا قراردادی طرفین معامله یا یکی از آنها برای اجرای تعهدات حاصله از آن محلی غیر از اقامتگاه حقیقی خود انتخاب کرده باشد نسبت به دعاوی راجع به آن معامله، همان محلی که انتخاب شده است اقامتگاه او

محسوب خواهد شد و همچنین است در صورتی که برای ابلاغ اوراق دعوی و احضار و اخطار محلی را غیر از اقامتگاه حقیقی خود معین کند».

**۱۱۸. اقامتگاه انتخابی برای ابلاغ اوراق دادرسی**

با استفاده از ذیل ماده ۱۰۱۰ ق. م. و ماده ۷۸ ق. آ. د. م. می‌توان گفت اقامتگاه انتخابی ممکن است ناشی از قرارداد و مربوط به آن نباشد، بلکه فقط برای ابلاغ برگهای دعوی از جانب یکی از اصحاب دعوی و بدون اینکه توافقی در این باره بین آنان حاصل شده باشد، تعیین گردد. ماده ۷۸ ق. آ. د. م. در این خصوص می‌گوید «هر یک از اصحاب دعوی یا وکلای آنها می‌توانند محلی را برای ابلاغ اوراق اخطاریه و ضمایم آن در شهری که مقر دادگاه است انتخاب نموده، به دفتر دادگاه اعلام کنند، در این صورت کلیه برگهای راجع به دعوی در محل تعیین شده ابلاغ می‌گردد». تعیین این اقامتگاه از طرف یکی از اصحاب دعوی فقط برای همان دعوی است و طرفین می‌توانند برای دعاوی دیگر خود اقامتگاه دیگری را انتخاب نمایند؛ بنابراین می‌توان این اقامتگاه را اقامتگاه انتخابی طرف دعوی برای ابلاغ اوراق دادرسی نیز نامید.

**۱۱۹. آثار تعیین اقامتگاه انتخابی**

انتخاب اقامتگاه، چنان‌که از ماده ۱۰۱۰ ق. م. برمی‌آید، دارای آثار حقوقی ذیل است:

اولاً، برای دادگاه اقامتگاه انتخابی، جهت رسیدگی به اختلافات مربوط به قرارداد، ایجاد صلاحیت می‌نماید و خواهان را از رجوع به دادگاه اقامتگاه خوانده معاف می‌دارد.

ثانیاً، به شخصی که احیاناً اقامتگاه انتخابی شخص دیگری نزد او تعیین شده است، وکالت می‌دهد که اوراق دادرسی را به جای صاحب اقامتگاه دریافت کند و ابلاغ اوراق مزبور به اقامتگاه انتخابی به منزله ابلاغ اوراق به اقامتگاه حقیقی

شخص است.

اقامتگاه انتخابی ناشی از قرارداد ممکن است منشأ یکی از این آثار یا هردو آنها باشد و این امر منوط به توافق طرفین قرارداد است.[1] به هر حال اقامتگاه انتخابی ناشی از قرارداد، همانند اقامتگاه انتخابی برای اوراق دادرسی، یک اقامتگاه اختصاصی و موردی است نه عمومی، یعنی این نوع اقامتگاه ویژه قراردادی است که برای دعاوی ناشی از آن یا ابلاغ اوراق دادرسی مربوط به آن اقامتگاه تعیین گردیده است.

ثالثاً، هرگاه محل سکونت یا مرکز مهم امور شخص تغییر یابد و حتی اگر متعهدله نیز از اقامتگاه جدید اطلاع یابد، اصولاً اقامتگاه انتخابی قبلی معتبر خواهد بود، مگر اینکه شخص، اقامتگاه انتخابی جدیدی بر طبق مقررات تعیین کرده باشد.[2]

### گفتار سوم: اسناد ثبت احوال

#### ۱۲۰. تقسیم مطالب

مهم‌ترین وقایع و احوال شخصیه که بر طبق قانون باید به ثبت برسند و سند رسمی برای آنها تنظیم گردد عبارت‌اند از: ولادت، ازدواج، طلاق و فوت که آنها را وقایع

---

1. Julliot, de la Morandière, L. *Droit civil* (Précis Dalloz); Paris: 1962, t. I, n. 461-462.

۲. بر اساس حکم شعبه ۸ دیوان‌عالی کشور «ماده ۱۰۱۰ ق. م. ناظر است به تعیین اقامتگاه جدید در سند معامله و ظاهر است که در چنین موردی محل اقامت جدیدی که اظهارنامه به آنجا ابلاغ شده است در سند معامله قید نگردیده و بنابراین همان محل اقامت تعیین شده در سند، محل ابلاغ محسوب است و ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲ که منطبق بر این مورد می‌باشد (زیرا محل اقامت اخیر پس از تنظیم سند اختیار شده)، صریح است در اینکه بایستی محل اقامت جدید به وسیله اعلام به دفترخانه یا اجرا معلوم شده باشد، که صرف اطلاع متعهدله از محل اقامت جدید متعهد کافی برای رسمی شناختن محل اقامت جدید تشخیص نشده ...»، (مجموعه حقوقی متین؛ رأی شماره ۳۵ مورخ ۱۳۲۹/۱/۱۸، شعبه ۸ دیوان عالی کشور، به نقل از: نیک‌فر، مهدی؛ *قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور*؛ ص ۲۱۰، ذیل ماده ۱۰۱۰).

چهارگانه (اربعه) گویند. ما نخست از تعاریف و کلیات (مفهوم، انواع، تاریخچه و فواید اسناد ثبت احوال) سخن می‌گوییم، سپس به بحث مختصر از ثبت و طرز تنظیم اسناد مربوط به وقایع یاد شده می‌پردازیم، آنگاه ضمانت اجرای مقررات راجع به ثبت احوال را بررسی می‌کنیم و بالاخره نحوه تصحیح اسناد ثبت احوال و اعتبار آنها را به ترتیب مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

**الف) تعاریف و کلیات**

**۱۲۱. مفهوم اسناد ثبت احوال**

اسناد مربوط به احوال شخصیه را اسناد ثبت احوال یا اسناد سجلی (به معنی عام)[1] گویند که برابر مقررات ثبت احوال به وسیله مأمورین رسمی تنظیم می‌شوند. ثبت احوال شامل ثبت ولادت، فوت، ازدواج، طلاق (وقایع چهارگانه) و نام خانوادگی در دفاتر و اوراق و اسناد مربوط است. بر اساس ماده ۱ آیین‌نامه ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹ «سند سجلی عبارت از سندی است که مطابق مقررات قانون ثبت احوال به ثبت رسیده و مندرجات آن رسمی و معتبر است».

با اینکه آیین‌نامه مذکور امروزه قدرت اجرایی ندارد، تعریف سند سجلی و به تعبیر دیگر، سند ثبت احوال که در ماده ۱ آیین‌نامه آمده است کماکان معتبر است. سند ثبت احوال، یک سند رسمی است و تا زمانی که به موجب تصمیم هیئت حل اختلاف یا رأی دادگاه برحسب مورد، تصحیح یا باطل نشده باشد به قوت خود باقی است (مفاد ماده ۸ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳/۱۰/۱۸).

**۱۲۲. انواع اسناد ثبت احوال**

با عنایت به قوانین و مقررات موضوعه، اسناد ذیل از اسناد ثبت احوال به‌شمار می‌آیند:

---

۱. در عرف کنونی اداره‌های ثبت احوال به طور معمول اصطلاح سند سجلی برای دفاتر ثبت احوال به کار می‌رود، نه برای دیگر اسناد ثبت احوال و این معنی خاص سند سجلی است.

۱. سند ثبت ولادت، اوراقی که ولادت افراد در آن به ثبت می‌رسد (ماده ۸ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ و ماده ۹۹۳ ق. م.).

۲. سند ثبت مرگ، اوراقی که برای ثبت مرگ در نظر گرفته شده است (ماده ۸ ق. ث. ا. و ماده ۹۹۳ ق. م.).

۳. دفتر ثبت کل وقایع که در آن ولادت، ازدواج، طلاق، رجوع، بذل مدت، مرگ زوج و زوجه، ولادت و مرگ فرزندان و مرگ صاحب سند از روی مندرجات اسناد ولادت و مرگ و اعلامیه‌ها و سایر مدارک ذی‌ربط ثبت می‌گردد (ماده ۱۰ ق. ث. ا. ۱۳۵۵).

۴. برگ ولادت، طبق تبصره ماده ۱۳ پیشین قانون ثبت احوال پس از ثبت ولادت، اگر طفل ایرانی بود سندی به نام برگ ولادت برای او صادر و به اعلام‌کننده تسلیم می‌شد، ولی به موجب تبصره اصلاحی ماده ۱۳ مصوب ۶۳/۱۰/۱۸ «پس از ثبت ولادت، اگر طفل ایرانی باشد شناسنامه صادر و تسلیم می‌گردد ...».

۵. گواهی ولادت، اگر طفل خارجی باشد، پس از ثبت ولادت او، سندی به عنوان گواهی ولادت صادر و تسلیم می‌گردد (تبصره ماده ۱۳).

۶. شناسنامه، شناسنامه نیز از مهم‌ترین اسناد ثبت احوال است. برابر تبصره ماده ۱۳ ق. ث. ا. برای هر طفل ایرانی باید شناسنامه صادر و تسلیم گردد. به موجب تبصره ۱ ماده ۱۵ شناسنامه افرادی که به سن ۱۵ سال تمام می‌رسند باید ملصق به عکس همان سال گردد و طبق تبصره ۲ همان ماده «شناسنامه اولیه باید در سی سالگی تمام با عکس همان سالِ صاحب آن تجدید شود».

۷. کارت شناسایی، طبق ماده ۳۸ ق. ث. ا. در نقاطی که دولت مقتضی بداند و اعلام کند، کسانی که سن آنان از ۱۵ سال به بالاست باید دارای کارت شناسایی بوده، همیشه آن را همراه داشته باشند. کارت شناسایی حاوی مشخصات، اثر انگشت، عکس، نشانی محل سکونت و گروههای اصلی خون خواهد بود. در اجرای این ماده و قانون الزام اختصاص شمارهٔ ملی و کد پستی برای کلیهٔ اتباع ایرانی مصوب ۱۳۷۶ و آیین‌نامهٔ اجرایی آن مصوب ۱۳۷۸، کارت شناسایی

ملی برای ایرانیان صادر شده است. این کارت متضمن شمارهٔ ملی، نام و نام‌خانوادگی، تاریخ تولد، شمارهٔ شناسنامه، نام پدر و کد پستی است. تفاوت شناسنامه با کارت شناسایی ملی این است که شناسنامه دارای مندرجات و اطلاعات بیشتری است، برای مثال در شناسنامه، ازدواج، طلاق، مرگ زوجه و زوج و ولادت فرزندان قید خواهد شد، حال آنکه کارت شناسایی ملی فاقد چنین اطلاعاتی است و به منظور شناخت هویت صاحب سند در نظر گرفته شده است.

۸. دفتر رسمی ازدواج و عقدنامه یا قباله نکاح که به اشخاص داده می‌شود.

۹. دفتر رسمی طلاق.

۱۰. دفتر نام خانوادگی که برای این نام پیش‌بینی شده است و حق تقدم اشخاص را نسبت به نامهای خانوادگی مشخص می‌کند.

۱۱. رونوشت شناسنامه که به وسیله مأموران اداره ثبت احوال صادر می‌شود.

۱۲. سایر اسناد سجلی و اطلاعیه‌های مربوط به ثبت احوال که به وسیله مأموران رسمی تهیه می‌شوند.

کلیه اسناد یاد شده از اسناد رسمی به شمار می‌آیند و انکار و تردید نسبت به آنها روا نیست و تا زمانی که به موجب تصمیم هیئت حل اختلاف یا رأی دادگاه تصحیح یا باطل نشده‌اند به قوت خود باقی می‌باشند (ماده ۸ ق. ث. ا.).[1]

### ۱۲۳. تاریخچه ثبت احوال

قبل از عصر قانون‌گذاری جدید، احوال شخصی در ایران به صورت منظمی به ثبت نمی‌رسید و این کار اجباری نبود. ولادت معمولاً پشت قرآن یا کتاب دعا نوشته می‌شد، ثبت فوت جز بر سنگ قبر، نادر بود، برای ازدواج و طلاق بعضی از روحانیان و علمای

---

۱. برای مطالعه اسناد ثبت احوال در کشورهای مختلف رجوع کنید به: امامی، اسدالله؛ «گزارش تطبیقی مقررات ثبت احوال (زیر نظر صفائی)»، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی؛ ۱۳۶۰، ش ۸ ص ۱۸۳ به بعد.

مذهب دفاتری داشتند و عقدنامه و طلاق‌نامه صادر می‌کردند، ولی ثبت این وقایع در یکجا متمرکز نبود و بدین جهت فوایدی که امروزه بر ثبت احوال مترتب است از آن حاصل نمی‌شد، مخصوصاً ثبت احوال و تنظیم نوشته‌ای در این زمینه دلیل و مستند دعوی محسوب نمی‌شد و برای اثبات وقایع مذکور، که در حقوق اشخاص از قبیل ارث و نفقه مؤثر است، به شهادت شهود متوسل می‌شدند.[1]

نخستین بار در سال ۱۲۹۵ تصویب‌نامه‌ای مشتمل بر ۴۱ ماده در ایران به تصویب هیئت وزیران رسید که نخستین گام در راه اجرای ثبت احوال در ایران بود، ولی این تصویب‌نامه به علل سیاسی اجرا نشد. در سال ۱۲۹۷ تصویب‌نامه دیگری در همین زمینه به تصویب رسید و از دی ماه آن سال اجرای آن در تهران آغاز شد. این تصویب‌نامه تنظیم سند سجلی را به شهرداری واگذار کرده بود. نخستین قانونی که ثبت احوال اجباری را در سراسر کشور برقرار کرد قانون سجل احوال مصوب ۱۳۰۴ است که مبنای قوانین کنونی محسوب می‌شود. در همین سال به منظور اجرای قانون سجل احوال، اداره کل احصائیه و سجل احوال مملکت تأسیس شد که به‌تدریج ادارات تابعه آن در استانها و شهرستانها ایجاد گردیدند و در بخشهای تابع شهرستانها ثبت وقایع ولادت، ازدواج و طلاق به وسیله مأموران ثابت یا سیار انجام می‌گرفت. قانون ۱۳۰۴ با قانون سجل احوال ۱۳۰۷ نسخ گردید و قوانین دیگری در سالهای ۱۳۱۰، ۱۳۱۲، ۱۳۱۳ و ۱۳۱۵ به تصویب رسیدند و نظام‌نامه قانون ثبت احوال در سال ۱۳۱۶ تصویب شد. قانون مدنی نیز مواد ۹۹۲ تا ۱۰۰۱ را به آن اختصاص داد و پس از آن قانون اصلاح قانون ثبت احوال مشتمل بر ۵۴ ماده و آیین‌نامه اجرایی آن شامل ۱۳۱ ماده در سال ۱۳۱۹ تصویب شد.[2]

قانون جدید ثبت احوال در سال ۱۳۵۵ به تصویب قوه مقننه رسید و مقررات پیشین را نسخ کرد. به موجب ماده ۵۴ این قانون «از تاریخ اجرای این قانون و پایان

---

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *تاریخ حقوق ایران ( از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه)*؛ ش ۴۶۲، ص ۲۵۹ و شایگان، علی؛ *حقوق مدنی ایران*؛ ش ۳۷، ص ۱۹۶.

۲. برای مطالعه تاریخچه ثبت احوال رجوع کنید به: میثاقی ممقانی، ابراهیم خلیل؛ «اسم و موقعیت قانونی آن»، مجله *کانون وکلا*؛ سال نهم، ش ۵۴، ص ۱۱۳ و نشریه *ثبت احوال*؛ ش ۱، به نقل از: آرشیو روزنامه *کیهان*؛ ۱۳۳۹ و *حقوق مدنی ایران*؛ ش ۳۷۹، ص ۱۹۶.

مهلتهای معین قوانین ثبت احوال ۲۰ مرداد ۱۳۰۷ و ۱۱ آذر ۱۳۱۰ و اول بهمن ۱۳۱۲ و ۲۲ اردیبهشت ۱۳۱۹ و هر قانونی که در مقام اجرا معارض این قانون باشد بلااثر است».

سرانجام این قانون نیز با قانون اصلاح قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ که مشتمل بر ۱۴ ماده است اصلاح گردید. این قانون در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۸ به تأیید شورای نگهبان رسید و در روزنامه رسمی شماره ۱۱۶۳۳ مورخ ۱۳۶۳/۱۱/۱۰ منتشر گردید. بعدها مقررات دیگری، مانند دستورالعملهای متعدد شورای عالی ثبت احوال و آیین‌نامه مربوط به تعزیرات حکومتی درباره سوء استفاده از شناسنامه مصوب ۱۳۶۶ و قانون تخلفات جرایم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه، مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، یکی پس از دیگری تصویب شد که قانون ثبت احوال را تا حدی تکمیل کرد (ر.ک.: ش ۱۳۸).

قابل ذکر است که نام اداره کل احصائیه و سجل احوال مملکت نخست به اداره کل آمار و ثبت احوال کشور تبدیل شد، سپس آمار نیز از آن جدا شد و بالاخره عنوان آن به سازمان ثبت احوال کشور تغییر یافت.[۱]

### ۱۲۴. فواید و اهمیت ثبت احوال

فواید ثبت احوال متعدد و متنوع و اهمیت آن بسیار است. اهم فواید آن عبارت‌اند از:

**۱.** *اثبات وضعیت فرد.* افراد در مواقع مختلف ناچار می‌شوند وضعیت خود را اثبات کنند، برای مثال در زمینه حقوق مدنی کسی که از پدر و مادر خود مطالبه نفقه می‌کند، یا شخصی که می‌خواهد سهم‌الارث خود را بگیرد، باید فوت مورث و نسب خود را ثابت کند. همچنین زن یا شوهری که می‌خواهد سهم‌الارث خود را از ترکه همسر درگذشته‌اش به دست آورد، باید ازدواج خود و نیز فوت همسرش را به اثبات برساند. مردی که یک بار ازدواج کرده و همسرش را طلاق داده است، برای اینکه بتواند بدون اجازه دادگاه ازدواج کند، باید وقوع طلاق را ثابت کند.

همچنین از سند ثبت احوال (شناسنامه) برای اثبات اهلیت شخص و رسیدن او به سن کبر استفاده می‌شود. برای شرکت در انتخابات، استخدام، صدور گذرنامه، نظام

۱. ر.ک.: قانون تبدیل ثبت احوال کشور به سازمان ثبت احوال کشور، مصوب اسفند ۱۳۵۲.

وظیفه، ورود به مدارس و دانشگاهها، شرکت در پاره‌ای از امتحانات و مسابقات و استفاده از مزایای تأمین اجتماعی، هرکس باید وضعیت خود را ثابت کند. در ایران مخصوصاً مسئله نظام وظیفه در وضع نخستین قانون ثبت احوال مورد نظر بود، چه در واقع قانون سجل احوال مصوب ۱۳۰۴ مقدمه قانون نظام وظیفه اجباری بود که دو روز بعد از آن، یعنی در تاریخ شانزدهم خرداد ۱۳۰۴ به تصویب رسید.

۲. *اسناد ثبت احوال یک نوع تأمین دلیل.* اسناد ثبت احوال به‌ویژه شناسنامه نه‌تنها در مراجع اداری و دولتی و برای انجام دادن کارهای اداری به کار می‌آیند بلکه سازمانها و مؤسسات غیر دولتی چه بسا ارائه آن را مطالبه می‌کنند، برای نمونه دفاتر اسناد رسمی و مدارس از مردم می‌خواهند که وضع و هویت خود را با ارائه شناسنامه یا رونوشت یا فتوکپی آن ثابت کنند.

به دیگر سخن ثبت احوال دلیل پیش‌ساخته‌ای به دست می‌دهد که شخص می‌تواند برای مقاصد مختلف از آن استفاده کند. اگر قانون، ثبت احوال را الزامی قرار نداده بود، اثبات وضعیت بسیار دشوار می‌شد. اشخاص معمولاً ناگزیر بودند در این باره به شهادت شهود متوسل شوند که همیشه قابل اعتماد نیست و هر قدر فاصله آن با واقعه مورد شهادت دورتر باشد، دقت و اطمینان به آن کمتر خواهد بود. وانگهی اشخاص چه بسا ناچار می‌شدند برای اثبات وضعیت خود به دادگاه رجوع کنند که رنج و هزینه فراوان و صرف وقت بسیار برای آنان به بار می‌آورد.

۳. *شناسایی وضع حقوقی و احوال شخصی فرد برای اشخاص ثالث.* ثبت احوال نه فقط برای کسی که سند سجلی مربوط به اوست و می‌تواند وضعیت خود را ثابت کند، سودمند و مفید است بلکه برای اشخاص ثالث که با او روابط حقوقی دارند نیز مفید است، زیرا گاهی دلایل موجهی ایجاب می‌کند که از وضع حقوقی و احوال شخصی او آگاه باشند؛ مثلاً کسی که می‌خواهد با دیگری قرارداد ببندد ممکن است در اهلیت طرف معامله شک کند و در این صورت بجاست که شناسنامه او را ببیند و نیز زنی که می‌خواهد با مردی ازدواج کند بجاست که از زن داشتن یا نداشتن او، از اینکه آیا زن خود را طلاق داده است یا نه، آگاه باشد و بدین‌منظور می‌تواند به شناسنامه مرد یا دفتر ثبت احوال رجوع کند. همچنین دولت در این زمینه ذی‌نفع است، زیرا بنابه عللی اعم از سیاسی، اداری، مالیاتی و نظامی مصلحت دولت اقتضا می‌کند که از وضع اشخاصی که تبعه و تحت حکومت او هستند مطلع و آگاه شود.

در قدیم که اجتماعات، کوچک بود و شهرنشینی گسترش امروز را نداشت و مردم در محیطهای کوچکی زندگی می‌کردند و اغلب یکدیگر را می‌شناختند و به‌ندرت تغییر اقامتگاه می‌دادند، ثبت احوال نمی‌توانست به اندازه امروز اهمیت داشته باشد. وقتی که افراد یکدیگر را بشناسند، نیازی به اثبات وضعیت نیست و اگر نیازی بدان باشد، این کار دشوار نخواهد بود و در این شرایط، احتیاجی به ثبت احوال اجباری احساس نمی‌شود؛ اما در عصر شهرنشینی و اجتماعات بزرگ که مردم کمتر یکدیگر را می‌شناسند و کمتر می‌توانند به یکدیگر اعتماد کنند، وجود ثبت احوال برای شناسایی و پی بردن به وضعیت اشخاص لازم است.

۴. *تسهیل تهیه انواع آمار*. ثبت احوال از لحاظ تهیه آمار نیز که در زندگی اقتصادی، اجتماعی و قضایی امروز نقش مهمی را ایفا می‌کند، حائز اهمیت است. تا ثبت احوال نباشد، نمی‌توان اطلاعات دقیقی درباره جمعیت، درصد افزایش آن، میزان مرگ‌ومیر و آمار ازدواج و طلاق به دست آورد. بدیهی است که تحصیل چنین آمارهایی می‌تواند در اخذ تدابیر اقتصادی، اجتماعی و حقوقی سودمند و در وضع قوانین مناسب مؤثر باشد.

۵. *برخورداری از مزایای سند رسمی*. نظر به اهمیت ثبت احوال در عصر جدید، قانون‌گذار، اسناد سجلی را از اسناد رسمی به شمار آورده است که انکار و تردید درباره آنها پذیرفته نیست و مراجع قانونی باید به آنها ترتیب اثر دهند و آنها را معتبر بشناسند، مگر اینکه ثابت شود که سند مجعول است، یا به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است (ماده ۱۲۹۲ ق. م.).

کسی که ادعای جعلی بودن یا بی‌اعتباری سند رسمی را دارد، باید آن را ثابت کند و حتی شهادت شهود هم برخلاف مندرجات سند رسمی مسموع نبوده است (ماده ۱۳۰۹ ق. م.). با وجود این شورای نگهبان ماده ۱۳۰۹ ق. م. را از این حیث، خلاف موازین شرع دانسته است.[۱]

---

۱. در این زمینه آراء متعددی از شعب دیوان عالی کشور و همچنین رأی وحدت رویه‌ای نیز به شماره ۲۲۴ مورخ ۱۳۴۹/۷/۸ صادر شده است؛ اما شورای نگهبان در مورد مشروعیت ماده ۱۳۰۹ چنین اظهار عقیده کرده است که «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته خلاف موازین شرع و بدین‌وسیله ابطال می‌گردد». (*مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷*؛ ص ۶۳۶).

### ب) ثبت وقایع چهارگانه

در اینجا قواعد کلی و مشترک ثبت وقایع چهارگانه را به اجمال بازگو می‌کنیم و آنگاه مقررات خاص هر یک از این وقایع را بیان می‌داریم.

### ۱۲۵. قواعد کلی و مشترک

اهم این قواعد به این شرح هستند:

۱. ثبت وقایع چهارگانه الزامی است و افراد در تنظیم و تقاضای ثبت آنها مخیر نمی‌باشند (ماده ۹۹۳ ق. م. و مواد ۱۲، ۲۲ و ۳۱ به بعد ق. ث. ا.).

چنان‌که خواهیم گفت، قانون برای متخلفین ضمانت اجراهای خاصی را مقرر داشته است.

۲. ثبت این وقایع در دفاتر و اسناد مخصوصی صورت می‌گیرد که رسمی محسوب می‌شوند و انکار و تردید نسبت به آنها پذیرفته نمی‌شود و مادام که با تصمیم هیئت حل اختلاف و یا رأی دادگاه تصحیح و یا باطل نشده‌اند به قوت خود باقی می‌باشند (ماده ۸ ق. ث. ا. و ماده ۱۲۸۷ ق. م.).

۳. ثبت این وقایع به وسیله نماینده یا مأمور صالح[1] اداره ثبت احوال در حدود صلاحیت خویش انجام می‌گیرد.

۴. ثبت وقایع در صورت فراهم بودن شرایط ثبت برای مأمور اداره ثبت احوال تکلیف فوری و الزامی است و او نمی‌تواند ثبت واقعه را به تأخیر انداخته، یا از ثبت آن خودداری نماید.

۵. مأمور اداره ثبت احوال باید عواقب وخیم اظهارات کذب را به اعلام‌کننده[2]

---

۱. «نماینده یا مأمور ثبت احوال کسی است که از طرف سازمان ثبت احوال یا ادارات تابعه برای ثبت وقایع یا دریافت اعلامات منصوب شده باشد»، (ماده ۶ ق. ث. ا.).

۲. اعلام کننده کسی است که مکلف به اعلام واقعه باشد و می‌تواند به شخص دیگری رسماً وکالت دهد تا از طرف او واقعه را اعلام نماید (تبصره ۱ ماده ۶ ق. ث. ا.).

و شهود[1] اعلام کند و مراتب را در دفتر قید نماید. همچنین مأمور مکلف است مراتب ثبت و جزئیات آن را برای اظهار کننده و شاهد بخواند و سپس به امضا رسانده، خود نیز نام و نام خانوادگی خود را با تمام حروف نوشته، امضا و مهر کند.

۶. کلیه تاریخها باید با قید سال، ماه، روز و با تمام حروف نوشته شود.

۷. ثبت تمامی وقایع یا با حضور شاهد و یا با گواهی اشخاص ذی‌صلاح انجام می‌پذیرد (مستفاد از ماده ۱۱ و ۱۳ و ۲۴ ق. ث. ا. اصلاحی سال ۶۳).

۸. ثبت هر واقعه و ارائه خدمات سجلی هزینه‌هایی دارد که از متقاضی صدور سند از طریق واریز وجه به حساب بانکی مربوط (ماده ۳۵ ق. ث. ا. و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۶۳) دریافت می‌گردد.

۹. ثبت وقایع بر طبق قانون ایران و به زبان فارسی صورت می‌گیرد؛ بنابراین هرگاه تبعه خارجی نیز متقاضی ثبت یکی از وقایع چهارگانه باشد، مقررات و قواعد شکلی قانون ایران رعایت خواهد شد.

۱۰. درخواست ثبت واقعه تحت شرایطی از غیر صاحب واقعه نیز پذیرفته شده است (ماده ۱۶ و ۱۷ و تبصره ۱ ماده ۱۸ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵).

۱۱. ثبت واقعه در خارج از ایران به وسیله مأمور کنسولی ایران انجام می‌پذیرد (ماده ۱۰۰۱ ق. م. و ماده ۳۰ ق. ث. ا. ۱۳۱۹ و مواد ۱۲ ، ۱۳، ۲۲ و ۳۱ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ و اصلاحی ۱۳۶۳).

پس از اشاره به قواعد عمومی بالا، مقررات راجع به ثبت هر یک از وقایع چهارگانه را بررسی می‌نماییم.

**۱. ثبت ولادت**

**۱۲۶. کلیات**

ولادت هر طفل در ایران، اعم از اینکه پدر و مادر طفل ایرانی یا خارجی باشند، باید

---

۱. گواه (شاهد) از لحاظ این قانون کسی است که صحت اظهارات اعلام کننده را گواهی می‌کند (تبصره ۲ همان ماده).

به نماینده یا مأمور ثبت احوال اعلام شود. ولادت اطفال ایرانیان مقیم خارج از کشور باید به مأمور کنسولی ایران در اقامتگاه طفل و اگر مأمور کنسولی نباشد به نزدیک‌ترین مأمور کنسولی و یا به سازمان ثبت احوال کشور اعلام گردد (ماده ۱۲ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵). مهلت اعلام تا ۱۵ روز پس از تاریخ ولادت طفل است. روز ولادت و تعطیل رسمی بعد از آخرین روز مهلت به حساب نمی‌آید و در صورتی که ولادت در اثنای سفر زمینی یا هوایی یا دریایی رخ دهد مهلت اعلام آن از تاریخ رسیدن به مقصد محسوب می‌شود (تبصره ماده ۱۵ ق. ث. ا.).

بنابراین در ثبت ولادت، تکلیف اعلام ولادت، وظیفه مأمور ثبت احوال، مهلت ثبت ولادت، نام و نام خانوادگی و مشخصات مولود حائز اهمیت و قابل بحث است.

### ۱۲۷. تکلیف اعلام ولادت

بر طبق بند یکم ماده ۹۹۳ ق. م. «ولادت هر طفل و همچنین سقط هر جنین که بعد از ماه ششم از تاریخ حمل واقع شود» باید به اداره ثبت احوال اطلاع داده شود؛ بنابراین اعلام سقط جنینی که قبل از پایان ماه ششم واقع شده باشد، لازم نیست و این واقعه به ثبت نرسیده، سندی برای آن تنظیم نمی‌گردد.

اعلام و امضای سند ثبت ولادت به ترتیب به عهده این اشخاص خواهد بود:

۱. پدر یا جد پدری؛

۲. مادر، در صورت غیبت پدر و در اولین موقعی که قادر به انجام دادن این وظیفه باشد؛

۳. وصی یا قیم یا امین؛

۴. اشخاصی که قانوناً عهده‌دار نگهداری طفل می‌باشند (مانند مأموران انتظامی در مورد اطفال پیدا شده)؛

۵. متصدی یا نماینده مؤسسه‌ای که طفل به آنجا سپرده شده است (مانند زایشگاه و بیمارستان)؛

۶. صاحب واقعه که سن او از ۱۸ سال تمام به بالا باشد (ماده ۱۶ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳)؛

۷. در صورتی که ازدواج پدر و مادر طفل به ثبت نرسیده باشد، اعلام ولادت و امضای اسناد متفقاً به عهده پدر و مادر خواهد بود و هرگاه اتفاق پدر و مادر در اعلام ولادت میسر نباشد، سند ولادت طفل با اعلام یکی از ابوین که مراجعه می‌کند و با قید نام کوچک طرف غایب تنظیم خواهد شد. اگر اعلام کننده مادر باشد، نام خانوادگی او به طفل داده خواهد شد (تبصره ماده ۶)؛

۸. علاوه بر اشخاص مذکور ماما یا پزشکی که در حین ولادت حضور دارد و در زایمان دخالت می‌کند، مکلف به صدور گواهی ولادت و ارسال یک نسخه از آن به ثبت احوال محل در مهلت اعلام (۱۵ روز) می‌باشد (ماده ۱۹). در واقع ماما و پزشک هم مکلف به اعلام ولادت هستند؛

۹. «در صورتی که طفل در مکانی متولد شود که خروج از آن ممنوع یا محتاج به اجازهٔ مخصوص باشد، نظیر ندامتگاه، کانون اصلاح و تربیت و غیره، متصدیان این سازمانها مکلف به اطلاع واقعه و ایجاد تسهیلات لازم برای انجام وظایف صاحب واقعه می‌باشند»، (تبصره ماده ۱۸). ظاهراً مقصود از صاحب واقعه در این تبصره مادر است که باید تسهیلات لازم جهت انجام دادن وظایف او فراهم گردد، لیکن معمولاً صاحب واقعه به کسی گفته می‌شود که ولادت یا واقعه دیگر مربوط به اوست، چنان‌که در بند ۶ ماده ۱۶ اصلاحی قانون ثبت احوال کلمه بدین معنی به کار رفته است؛

۱۰. اطفال پیدا شده به وسیله مأموران رسمی (انتظامی و ضابطین دادگستری) نیز طی صورت‌جلسه‌ای به اداره ثبت احوال معرفی می‌شوند.

### ۱۲۸. تکلیف مأمور ثبت احوال پس از اعلام ولادت

پس از اعلام ولادت، نماینده یا مأمور ثبت احوال در ایران یا مأمور کنسولی ایران در خارج موظف است واقعه ولادت را در دفتر ثبت کل وقایع به ثبت رساند (ماده ۱۳

ق.ث.ا.). برای هر فرد شماره شناسنامه‌ای که مخصوص به او خواهد بود تعیین می‌گردد و شماره شناسنامه هر شخص باید در کلیه مدارک مربوط به ثبت احوال او قید گردد (ماده ۱۴). ثبت ولادت باید مستند باشد به گواهی پزشک یا مامای رسمی یا مؤسسه‌ای که طفل در آنجا متولد گردیده است و در غیر این صورت واقعه به شهادت دو نفر گواه ثبت خواهد شد (ماده ۱۵). هرگاه از وضع حمل، بیش از یک طفل متولد شود، برای هریک سند ولادت جداگانه به ترتیب تولد و با ذکر ساعت ولادت تنظیم خواهد شد (ماده ۲۱ اصلاحی ۶۳).

پس از ثبت ولادت اگر طفل ایرانی باشد برای او شناسنامه و اگر خارجی باشد گواهی ولادت صادر و تسلیم می‌گردد (تبصره ماده ۱۳، اصلاحی ۱۳۶۳).

هرگاه طفلی که ولادت او اعلام شده فاقد ولیّ (ولیّ قهری یا وصی منصوب از جانب او) باشد، نماینده یا مأمور ثبت احوال، ولادت او را ثبت کرده، مراتب را برای اقدام قانونی به دادستان اطلاع خواهد داد (ماده ۱۸). به‌طور کلی نماینده یا مأمور ثبت احوال موظف است، پس از ثبت واقعه ولادت، مراتب را در اعلامیه مخصوصی که دارای نمونه چاپی است درج نموده، برای ثبت در دفتر ثبت کل وقایع مخصوص پدر و مادر به اداره ثبت احوال محل صدور شناسنامه آنان بفرستد (تبصره اصلاحی ماده ۱۳).

**۱۲۹. مهلت ثبت ولادت**

طبق ماده ۹۹۹ ق. م. «سند ولادت اشخاصی که ولادت آنها در مدت قانونی به دایره سجل احوال اظهار شده است سند رسمی محسوب خواهد بود». تبصره ماده ۱۵ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ این مهلت را معین کرده است «مهلت اعلام ولادت پانزده روز از تاریخ ولادت طفل است. روز ولادت و تعطیل رسمی بعد از آخرین روز مهلت به حساب نمی‌آید و در صورتی که ولادت در اثنای سفر زمینی یا هوایی یا دریایی رخ دهد، مهلت اعلام از تاریخ رسیدن به مقصد محسوب می‌شود». برای اینکه این‌گونه شناسنامه‌ها که ولادت دارنده آنها در موعد قانونی به اداره ثبت

احوال اعلام شده است از شناسنامه‌های دیگر تمیز داده شود، رویه معمول این است که با قید واژه «موالید» در کنار شماره شناسنامه مسئله را روشن می‌نمایند.[1]

**۱۳۰. نام و نام خانوادگی و مشخصات مولود**

در صورتی که نسب طفل معلوم و اعلام کننده یکی از والدین یا نماینده او باشد، تعیین نام کوچک با رعایت مقررات با اعلام کننده است و نام خانوادگی پدر به طفل داده می‌شود. جنس طفل نیز با اعلام اعلام کننده و شهادت شهود یا گواهی پزشک یا ماما معین می‌گردد. تابعیت طفل همان تابعیت پدر است. سایر مشخصات از قبیل محل تولد و تاریخ آن نیز با اعلام اعلام کننده و شهادت شهود یا پزشک یا ماما معین می‌شود. تعیین شماره شناسنامه و رجوع یا عدم رجوع به ادارهٔ ثبت احوال در مهلت قانونی، با مأمور است. اگر فقط مادر طفل معلوم باشد فقط نام خانوادگی مادر به طفل داده خواهد شد (تبصره ماده ۱۸) و سایر مشخصات همانند مورد قبل تعیین می‌گردد. فرض سوم این است که به‌طور کلی نسب طفل از هر دو طرف نامعلوم است مثل اطفال سر راهی، در این صورت شناسنامه‌ای با مشخصات فرضی (نام خانوادگی فرضی) به طفل داده می‌شود و در محل اسامی پدر و مادر نیز اسامی فرضی نوشته می‌شود (ر.ک.: ش ۷۴).

---

۱. به موجب رأی صادره از شعبه ۶ دیوان‌عالی کشور «... سند ولادت اشخاصی که ولادت آنها در مدت قانونی به دایره سجل احوال اظهار شده باشد، سند رسمی محسوب است و ماده مزبور (۹۹۹ ق. م.) شامل موردی که ولادت کسی سالها پس از ولادت به دایره مزبور اظهار شده باشد، نخواهد بود. قانون اصلاح قانون ثبت احوال، مصوب ۱۳۱۹ هم راجع به اوراق ولادتی است که طبق شرایط مقرر صادر شده باشد»، (متین، احمد؛ *رویه قضایی*؛ قسمت حقوقی (از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۵)، ص ۲۴۲، رأی شماره ۱۰۹۰ مورخ ۱۳۲۹/۶/۱۵ شعبه ۶ دیوان عالی کشور).

همچنین رجوع کنید به: *همان*؛ ص ۲۴۰، رأی شماره ۱۳۹۳ مورخ ۱۳۲۷/۹/۴ شعبه ۶ دیوان عالی کشور. با وجود این می‌توان گفت طبق اطلاق ماده ۸ ق.ث.ا. ۱۳۵۵ کلیه اسناد ثبت احوال از اسناد رسمی به شمار می‌آیند (ر.ک.: ش ۱۲۵ و ۱۴۶ به بعد).

### ۲. ثبت ازدواج و طلاق

### ۱۳۱. تشریفات ثبت

ثبت ازدواج و طلاق در دفاتر رسمی ویژه این وقایع به عمل می‌آید. دارندگان دفاتر رسمی ازدواج و طلاق مکلف‌اند وقایع ازدواج و طلاق و رجوع را که در دفاتر مربوط ثبت می‌کنند در شناسنامه زوجین نیز در صفحه مخصوص قید کرده، مهر و امضا نمایند و حداکثر هر پانزده روز یک بار وقایع ازدواج و طلاق و رجوعی را که در دفاتر به ثبت می‌رسانند روی نمونه‌های مربوط درج نموده، به ثبت احوال محل تحویل دهند و رسید دریافت دارند. نوع ازدواج و طلاق، به علت ترتب آثار حقوقی بسیار مهم بر یکایک انواع آنها، باید روشن و مشخص گردد.[۱] ازدواج و طلاق و رجوع ایرانیان در خارج از کشور باید به وسیله کنسولگریهای مربوط در دفاتری که از طرف ثبت احوال تهیه می‌شود ثبت و حداکثر هر ماه یک بار وقایع ازدواج و طلاق و رجوعی که در دفاتر مزبور به ثبت می‌رسد روی نمونه‌های مخصوص تهیه و از طریق وزارت امور خارجه به سازمان ثبت احوال کشور فرستاده شود (ماده ۳۱).

### ۱۳۲. ثبت ازدواج موقت و بذل مدت

ازدواج موقت نیز باید همانند ازدواج دائم به ثبت برسد، زیرا اطلاق ماده ۱ قانون ازدواج ۱۳۱۰ و ماده ۳۱ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ در خصوص واژه «ازدواج» حاکی از این است که ازدواج باید به ثبت برسد، اعم از اینکه دائم باشد یا منقطع. ماده ۳۲ همین قانون نیز قرینه‌ای دارد که مؤید این استدلال می‌باشد. این ماده بیان می‌دارد «طلاق، رجوع و بذل مدت که در دفتر رسمی به ثبت نرسیده باشد، با ارائه اقرارنامه

---

۱. ازدواج اعم از اینکه دائم باشد یا منقطع و همچنین انواع طلاق اعم از اینکه رجعی باشد یا بائن و اعم از اینکه طلاق خلع باشد یا مبارات و همچنین رجوع و شماره آن و بذل مدت در ازدواج منقطع آثار حقوقی مهم و متفاوتی دارند (برای مطالعه و توضیح رجوع کنید به: *حقوق خانواده*؛ ج ۱)؛ بدین جهت دفاتر ازدواج و طلاق مکلف‌اند طبق مقررات نسبت به تعیین نوع ازدواج یا طلاق و تعیین عنوان حقوقی عمل انجام شده اقدام نمایند.

رسمی، در اسناد ثبت احوال طرفین ثبت خواهد شد».

از ذکر بذل مدت که مخصوص ازدواج منقطع است، معلوم می‌گردد که هدف قانون‌گذار در صدر ماده ۳۱ تمامی انواع ازدواج (اعم از ازدواج دائم و موقت) بوده‌است. اهمیت ثبت ازدواج موقت زمانی بیشتر معلوم می‌گردد که طرفین دارای فرزندانی باشند، در این صورت ثبت ازدواج در اثبات نسب و برخورداری از آثار مترتب بر آن می‌تواند مفید باشد.

### ۳. ثبت فوت

#### ۱۳۳. کلیات

فوت افراد باید مانند ولادت آنان در اسناد ثبت احوال به ثبت برسد و برای این کار، سند ویژه‌ای پیش‌بینی شده است که قانون ثبت احوال، مصوب ۱۳۵۵ آن را سند ثبت وفات نامیده است.

برابر ماده ۲۲ قانون مزبور، مرگ هرکس اعم از ایرانی یا خارجی و همچنین ولادت طفلی که مرده به دنیا آمده یا بلافاصله پس از ولادت بمیرد، باید به مأمور یا نماینده ثبت احوال اعلام شود.

مرگ ایرانیان در خارج از کشور باید به مأموران کنسولی محل اقامت یا نزدیک‌ترین مأموران کنسولی ایران یا به سازمان ثبت احوال کشور اعلام شود.

مرگ ایرانیان و خارجیان ساکن کشور و مرگ ایرانیان در خارج از کشور به وسیله مأموران مربوط در سند ثبت مرگ و همچنین در دفتر ثبت کل وقایع که از دفاتر ثبت احوال است و نیز در شناسنامه متوفی ثبت، امضا و مهر می‌گردد.

مرگ خارجیان پس از ثبت به نیروی انتظامی محل اعلام و یک نسخه گواهی به سازمان ثبت احوال کشور فرستاده می‌شود که به وزارت امور خارجه ارسال گردد (ماده ۲۲ اصلاحی ۶۳).

گواهی وفات به هر شخصی که درخواست کند تسلیم می‌گردد (تبصره ماده ۲۲). واقعه مرگ باید طبق تصدیق پزشک و در صورت نبودن پزشک با حضور دو

نفر گواه ثبت گردد (ماده ۲۴) و اگر شخصی خارج از محل ثبت ولادت فوت نموده باشد، حوزه ثبت احوال محل فوت، پس از ثبت واقعه، مراتب را برای ثبت در دفتر ثبت کل وقایع به حوزه محل ثبت ولادت ارسال می‌دارد.

**۱۳۴. تکلیف اعلام فوت**

برابر مواد ۲۴ و ۲۶ ق. ث. ا. مصوب ۱۳۵۵ اشخاص مکلف به اعلام مرگ و امضای سند آن شده‌اند، این اشخاص عبارت‌اند از:

۱. نزدیک‌ترین خویشاوند متوفی که در موقع مرگ حاضر بوده است؛

۲. متصدی یا صاحب مکانی که مرگ در آن رخ داده است یا نماینده او؛

۳. هر شخصی که در موقع مرگ حاضر بوده است؛

۴. مأموران انتظامی یا کدخدا (دهبان)؛

۵. متصدیان گورستان یا دفن (تبصره ماده ۲۶ اصلاحی ۱۳۶۳)؛

۶. پزشکی که وقوع مرگ به او اطلاع داده شده و گواهی فوت صادر کرده مکلف است یک نسخه از آن را به ثبت احوال محل ارسال نماید (ماده ۲۴ اصلاحی ۱۳۶۳).

در موارد ذیل اعلام مرگ به عهده مقامات زیر است:

۱. در صورتی که مرگ بر اثر بروز سوانح از قبیل زلزله، سیل، طوفان و آتش‌سوزی واقع شود، مقامات انتظامی یا گروههای امدادی حاضر در محل مکلف‌اند واقعه مرگ را ضمن ارسال صورت حاوی نام و نام خانوادگی و حتی‌المقدور شماره شناسنامه، محل صدور شناسنامه و سن متوفی، اعلام نمایند (بند ۱ ماده ۲۸ اصلاحی ۱۳۶۳).

۲. مرگ نظامیانی که در زمان صلح در سربازخانه و یا ضمن مانورهای نظامی یا در زمان جنگ واقع می‌شود به وسیله فرمانده قسمت با تعیین نام و نام خانوادگی و شماره شناسنامه و محل صدور آن اعلام می‌گردد (بند ۲ ماده ۲۸ اصلاحی ۱۳۶۳).

### ۱۳۵. مهلت اعلام فوت

مدت اعلام فوت برای کلیه اشخاص و مقامات مذکور ده روز از تاریخ وقوع فوت یا وقوف بر آن است. روز مرگ و تعطیل رسمی بعد از آخرین روز مهلت به حساب نمی‌آید و در صورتی که مرگ در اثنای سفر رخ دهد، مهلت اعلام آن از تاریخ رسیدن به مقصد احتساب خواهد شد (ماده ۲۵ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳). قانون‌گذار برای کوتاهی در تکلیف اعلام فوت ضمانت اجرای مدنی و کیفری پیش‌بینی و مقرر داشته است (ر. ک.: ش ۱۳۸ و ۱۴۰).

### ۱۳۶. ثبت موت فرضی غایب مفقودالاثر

برابر ماده ۹۹۴ ق. م. «حکم موت فرضی غایب که بر طبق مقررات کتاب پنجم از جلد دوم این قانون صادر می‌شود باید در دفتر سجل احوال ثبت شود».

مدیر دفتر دادگاه مکلف است یک نسخه از حکم قطعی صادره را طی نامه رسمی به منظور ثبت به اداره ثبت احوال محل ثبت تولد غایب ارسال بدارد و به تقاضای ورثه و یا اعلام‌کننده نیازی نخواهد داشت. ثبت احوال مکلف است مراتب را همانند موت طبیعی ثبت کند و شماره و تاریخ اعلامنامه را نیز در سند درج (ماده ۲۷ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳) و حکم صادره را در سوابق موجود بایگانی نماید. در صورت ابطال حکم، مراتب در ستون ملاحظات سند ثبت احوال قید می‌گردد (ماده ۳۰ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳ و ماده ۹۹۶ ق.م.).

### ج) ضمانت اجرای مقررات ثبت احوال

### ۱۳۷. انواع ضمانت اجرا

مقررات و ضوابط ثبت احوال عموماً مقرراتی هستند که برای ایجاد نظم و هماهنگی و تسهیل روابط حقوقی، اجتماعی و اقتصادی مردم تصویب و به مورد اجرا گذاشته می‌شوند؛ بنابراین در صورت تخلف از آنها، حسب مورد و اهمیت قاعده‌ای که رعایت نشده است، ضمانت اجرای متناسبی پیش‌بینی و مقرر گردیده

است. این ضمانت اجراها عبارت‌اند از: ضمانت اجرای کیفری، ضمانت اجرای اداری و انضباطی، ضمانت اجرای مدنی و بالاخره الزام به انجام دادن تکلیف مقرر.

### ۱۳۸. ضمانت اجرای کیفری

با اینکه قانون‌گذار فصل یازدهم قانون ثبت احوال را به مقررات کیفری اختصاص داده است (مواد ۴۸ تا ۵۵) و آیین‌نامه شماره ۱۲۸۰۹۰ مورخ ۶۶/۱۱/۲ (تعزیرات حکومتی در رابطه با سوء استفاده از شناسنامه)[1] نیز جرایم مشخصی را برای متخلفان مقرر داشته است، نظر به حفظ اعتبار اسناد ثبت احوال و اهمیت مسئله قانون تخلفات، جرایم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه، مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام،[2] مجازاتهای گوناگون و سنگین‌تری را نسبت به مقررات سابق دربر دارد. در این قانون که مشتمل بر ۲۳ ماده است برای بزهکاران و متخلفان از مقررات ثبت احوال، جنس، جزای نقدی و در پاره‌ای از موارد اعمال هر دو مجازات و در مورد اتباع خارجی متخلف، پس از تحمل مجازات، اخراج از کشور، به تفصیل معین شده است. برای نمونه به برخی از مقررات قانون یاد شده ذیلاً اشاره می‌شود:

برابر ماده ۲ این قانون «اشخاص زیر به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا به پرداخت جزای نقدی از دویست هزار ریال تا یک میلیون ریال و یا به هر دو مجازات محکوم می‌شوند:

الف) اشخاصی که در اعلام ولادت یا وفات یاهویت برخلاف واقع اظهاری نمایند؛

ب) اشخاصی که عالماً عامداً پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام از شناسنامه مکرر استفاده نموده یا به دریافت شناسنامه مکرر برای خود یا مولی‌علیه و یا به دریافت شناسنامه موهوم مبادرت کنند و یا از شناسنامه دیگری خواه صاحب آن زنده یا مرده باشد به نام هویت خود استفاده نمایند. افرادی که شناسنامه خود را در اختیار

---

۱. برای ملاحظه این مقررات رجوع کنید به: *مجموعه‌ای از قوانین، آیین‌نامه‌ها، دستورالعملها و رویه‌های سجلی*؛ ص ۳۶، ۳۷، ۶۶ و ۶۷.

۲. *مجموعه قوانین سال ۱۳۷۰*؛ ص ۲۱۶ به بعد.

استفاده‌کنندگان فوق قرار دهند به همان مجازات محکوم می‌شوند؛

ج) ماما یا پزشکی که در مورد ولادت یا وفات گواهی خلاف صادر کند؛

د) اشخاصی که در مورد ولادت یا وفات شهادت دروغ بدهند و شهادت آنان در تنظیم دفتر ثبت کل وقایع یا وفات مؤثر واقع شود.

تبصره. در کلیه موارد مذکور در فوق، مرتکب در صورت تکرار به حداکثر مجازات محکوم خواهد شد».

«اشخاصی که از وظایف مقرر در مواد ۱۶، ۱۹، ۲۴، ۲۶ و تبصره ماده ۲۶، تبصره یک ماده ۳۶ و مواد ۳۸ و ۴۳ قانون ثبت احوال خودداری کنند، علاوه بر الزام به انجام تکالیف قانونی، به پرداخت جزای نقدی از پنجاه هزار ریال تا سیصد هزار ریال محکوم می‌شوند و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مقرر محکوم خواهند شد»، (ماده ۳).

این قانون ناسخ قوانین و مقررات مغایر سابق است و «قوانینی که مغایر با مقررات این قانون نباشد به قوت و اعتبار خود باقی است»، (ماده ۲۰).

قانون‌گذار در قانون سال ۱۳۷۰ برای متخلفان از ثبت ازدواج و طلاق و رجوع ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی نکرده است، در قانون ثبت احوال نیز نصی در این باره وجود ندارد؛ لیکن به موجب مادهٔ ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده) مصوّب ۱۳۷۵، «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یک سال محکوم می‌گردد».

### ۱۳۹. ضمانت اجرای اداری و انضباطی

این نوع ضمانت اجرا بیشتر در مورد مأموران ثبت احوال و یا هر یک از مسئولان و کارکنان دولت و یا عاقدی است که در خصوص ثبت وقایع چهارگانه و نگهداری اسناد ثبت احوال وظایفی بر عهده دارد. هرگاه مأموران و مسئولانی که به موجب قانون ثبت احوال وظایفی بر عهده دارند در اجرای آن تأخیر یا تعلل نمایند، در دادگاههای اداری یا انتظامی طبق ضوابط مربوط تحت تعقیب قرار خواهند گرفت (ماده ۴۸ ق. ث. ا.) و به مجازات انضباطی که حداکثر آن انفصال دائمی از خدمت دولت است محکوم خواهند شد. اعمال ضمانت اجرای اداری مانع اجرای ضمانت کیفری و یا مدنی نخواهد بود.

قانون تخلفات، جرایم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی، مصوب ۱۳۷۰ نیز به

ضمانت اجرای اداری و انضباطی مذکور اشاره کرده و علاوه بر آن، مجازات کیفری برای متخلفان مقرر داشته است؛ مثلاً به موجب ماده ۶ این قانون مهر کردن غیر مجاز شناسنامه‌های معتبر[1] جرم محسوب شده و مرتکب علاوه بر مجازاتهای اداری و جبران خسارت وارده به پرداخت جزای نقدی از ۱۰۰ هزار ریال تا ۵۰۰ هزار ریال محکوم خواهد شد. همچنین برابر ماده ۷ قانون یاد شده هرگاه هر یک از کارمندان و مسئولان دولتی در ارتباط با انجام‌دادن وظایف قانونی خود شناسنامه‌هایی را که فاقد اعتبار اعلام شده ملاک انجام دادن کار قرار دهند و معتبر بشناسند علاوه بر مجازاتهای اداری و انتظامی و جبران خسارات وارده به پرداخت جزای نقدی از ۲۰۰ هزار ریال تا ۵۰۰ هزار ریال محکوم می‌شوند. در صورت تکرار دادگاه مکلف به تعیین حداکثر مجازات می‌باشد.

**۱۴۰. مسئولیّت مدنی**

علاوه بر مجازاتهای کیفری و انضباطی یاد شده در قانون، اشخاص متخلف اعم از کارمندان و دیگران، برابر قواعد عمومی مسئولیت مدنی، مکلف به جبران خسارتی خواهند بود که از تقصیر آنها ناشی شده است. در برخی از مقررات راجع به ثبت احوال نیز به این‌گونه ضمانت اجرا اشاره شده است (برای مثال رجوع کنید به: مواد ۶ و ۷ قانون تخلفات، جرایم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه، مصوب ۱۳۷۰).

قابل ذکر است که طبق ماده ۱ و ۱۱ ق. م. م. مصوب ۱۳۳۹، مسئولیت در اینجا مبتنی بر تقصیر است و بدون اثبات تقصیر یا تخلف شخص، مسئولیت مدنی

1. «به استثنای سازمان ثبت احوال کشور، دفاتر اسناد رسمی ازدواج و طلاق، نمایندگیهای دولت جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور، اداره تشخیص هویت و پلیس بین‌الملل و اداره کل انتخابات هیچ یک از ارگانها و نهادها و مؤسسات دولتی و بخش خصوصی حق نقش مهر و درج هیچ گونه مطلب و یا آثار دیگری بر روی شناسنامه را ندارند. متخلف از این امر تحت پیگرد قانونی قرار خواهد گرفت»، (تبصره ۴ الحاقی ۶۳/۱۰/۱۸ به ماده ۳۶ ق. ث. ا.).

او در این زمینه ثابت و محرز نمی‌گردد،[1] مگر در خصوص اتلاف خود اسناد که خسارت مستقیم وارده را می‌توان به استناد ماده ۳۲۸ ق. م. مطالبه کرد.

**۱۴۱. الزام به انجام دادن تکلیف مقرر**

نوع دیگر از ضمانت اجرای مدنی که در قانون پیش‌بینی شده است الزام شخص متخلف به انجام دادن تکلیف مقرر است. برابر ماده ۴۸ ق. ث. ا. اشخاصی که تکالیفی برای آنان در قانون ثبت احوال مقرر شده است، در صورت تخلف، ملزم به انجام دادن تکالیف مقرر خواهند شد. به‌علاوه کارمند و مأموری که وظیفه قانونی خویش را درست انجام ندهد، مثلاً مرتکب جعل و تزویر شده و یا در انجام وظایف خویش قصور ورزیده باشد و مسامحه نماید علاوه بر مجازاتهای کیفری و انضباطی و مسئولیت مدنی یاد شده، ملزم به انجام دادن تکلیف و عندالاقتضا تصحیح سند می‌گردد. البته در صورتی که مأمور از سازمان ثبت احوال یا خدمت دولتی اخراج گردد، اداره ثبت احوال نسبت به تصحیح سند سجلی اقدام خواهد کرد. بر طبق ماده ۸ قانون تخلفات، جرایم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی، مصوب ۱۳۷۰ «دارندگان اسناد سجلی فاقد اعتبار در صورت استفاده از آنها، علاوه بر الزام به تعویض، به پرداخت جزای نقدی از دویست هزار ریال تا پانصد هزار ریال محکوم می‌شوند».

**د) تصحیح اسناد ثبت احوال**

**۱۴۲. طرح مطلب**

چنان‌که گفته شد، منظور قانون‌گذار از وضع مقررات مربوط به ثبت احوال ایجاد نظم و هماهنگی و رویه واحد در ثبت احوال شخصی و به‌ویژه وقایع

---

۱. دربارهٔ مبنای مسئولیت در حقوق ایران و مسئولیت مبتنی بر تقصیر رجوع کنید به: قاسم‌زاده، سید مرتضی؛ *مبانی مسئولیت مدنی*، ص ۲۲۸ به بعد.

چهارگانه بوده است؛ بنابراین علاوه بر اینکه برای متخلفان از این مقررات مسئولیتهای کیفری و مدنی و اداری مقرر داشته، آنها را ملزم به انجام دادن تکلیف نموده و تا حد امکان دستور داده است تا اشتباهات موجود را تصحیح و برطرف نمایند. به گفته برخی از استادان حقوق «طبق قاعده عقلی هر اشتباهی باید تصحیح گردد»، لیکن چون اسناد سجلی از اسناد رسمی می‌باشند و از اعتبار ویژه‌ای برخوردارند، قانون ثبت احوال و آیین‌نامه آن اقسام اشتباهات و طرق تصحیح آن را بیان می‌دارد.[1]

چون موارد تصحیح و انواع مختلف اشتباهات در صلاحیت مراجع رسیدگی و تصحیح، تأثیر دارد، ابتدا موارد تصحیح و انواع اشتباه را بیان می‌داریم، سپس مرجع صالح و آثار تصحیح را به اختصار مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

**۱۴۳. موارد تصحیح و انواع اشتباه**

از بندهای ۱، ۲، ۳ و تبصره بند ۵ ماده ۳ و مواد ۸ و ۱۱ ق. ث. ا. و سایر مقررات مستفاد می‌گردد که در موارد ذیل سند سجلی باید تصحیح شود:

۱. هرگاه ثابت شود که نماینده ثبت احوال عمداً مطالب خلاف واقعی را در سند درج نموده است و یا اینکه اظهار کننده و شهود قضیه اظهارات کذبی را بیان داشته‌اند (مستفاد از ماده ۸ ق. ث. ا.)؛

۲. هرگاه سند ناقص تنظیم شده باشد، مثلاً فاقد امضا باشد که این نقص نیز ممکن است به‌طور عمدی بوده یا ناشی از اشتباه مأمور باشد (مستفاد از بند ۱ ماده ۳ و ماده ۱۱ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳)؛

۳. هرگاه اشتباهی در تنظیم و تحریر سند رخ بدهد (بند ۲ ماده ۳)؛

۴. هرگاه مطابق مقررات، اصلاح سند لازم باشد، مثلاً شخص تقاضای تغییر

---

۱. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۴، ص ۲۱۱.

نام خانوادگی و یا تاریخ تولد[1] خود را بکند و مرجع صالح آن را بپذیرد (مستفاد از ماده ۸ و ۱۱ ق. ث. ا.).

از طرف دیگر، اشتباهات موجود در اسناد سجلی را می‌توان به اقسام ذیل تقسیم نمود:

۱. اشتباه ممکن است قبل از امضای سند باشد یا بعد از آن،

۲. اشتباه ممکن است از طرف اعلام کننده باشد، یا از طرف مأموران ثبت احوال،

۳. اشتباه ممکن است در تحریر مندرجات اسناد باشد، مثلاً املای کلمه‌ای غلط نوشته شده باشد، یا اشتباه غیر تحریری باشد، مثلاً اعلام کننده در اعلام تاریخ تولد و یا مشخصات والدین اشتباه کند.

حال با در نظر گرفتن موارد تصحیح و انواع اشتباهاتی که ممکن است در سند سجلی رخ بدهد مرجع صالح را در نظر می‌گیریم و به اختصار درباره آنها سخن می‌گوییم.

---

۱. بر طبق «قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آنها» مصوب ۱۳۶۷/۱۱/۲ که در تاریخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۲ به تأیید شورای نگهبان رسیده است:

«ماده واحده. از تاریخ تصویب این قانون تغییر تاریخ تولد اشخاص ممنوع است.

تبصره. صاحب شناسنامه تنها یک بار در طول عمر و در صورتی که اختلاف سن واقعی با سن مندرج در اسناد سجلی به تشخیص کمیسیونی مرکب از فرماندار یا بخشدار، رئیس اداره ثبت احوال محل و پزشک منتخب، مدیرعامل سازمان بهداری استان و رئیس شورای اسلامی شهر و یا بخش محل صدور شناسنامه و با عضویت و ریاست قاضی دادگاه صالحه محل تشکیل می‌گردد، بیش از پنج سال باشد می‌تواند سن خود را اصلاح نماید».

برای اطلاع بیشتر رجوع کنید به: دستورالعمل نحوه رسیدگی به تغییر تاریخ تولد موضوع تبصره ماده واحده مذکور، مشتمل بر ۲۲ ماده و یک تبصره، مورخ ۱۳۶۸ مندرج در *مجموعه‌ای از قوانین، آیین‌نامه‌ها، دستورالعملها و رویه‌های سجلی*؛ ص ۷۱ تا ۷۳.

برابر رأی وحدت رویه شماره ۵۵۹-۷۴/۴/۱۳ «... تغییر تاریخ تولد اشخاص به کمتر از پنج سال ممنوع می‌باشد و رسیدگی به درخواست تغییر سن بیش از پنج سال نیز به تجویز تبصرهٔ همین قانون منحصراً به عهده کمیسیون مقرر در آن محول شده است ...».

### ۱۴۴. مرجع صالح

چنانچه اشتباه از طرف صاحب سند یا اعلام‌کننده باشد، پس از تنظیم سند، مدعی اشتباه باید به محکمه صالحه مراجعه نموده، ادعای خود را به اثبات برساند و مادام که این ادعا ثابت نشده است سند از اعتبار خود برخوردار می‌باشد (ماده ۹۹۵ ق. م. و ماده ۸ ق. ث. ا.).

هرگاه اشتباه از طرف مأموران ثبت احوال باشد و در تحریر مندرجات اسناد ولادت و مرگ اشتباهی روی داده باشد، برحسب اینکه اشتباه قبل از امضا باشد یا بعد از امضا، کشف و تصحیح سند مطرح شود، مرجع صالح برای آن متفاوت خواهد بود (ماده ۳ ق. ث. ا.).

تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات اسناد ولادت و مرگ، اگر قبل از امضا باشد با توضیح مراتب در حاشیه سند به عمل می‌آید و امضاکنندگان سند ذیل توضیح را امضا خواهند نمود (تبصره ماده ۳ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳). چنان‌که ملاحظه می‌شود، قانون ثبت احوال در مورد تصحیح قبل از امضا فقط از تصحیح مندرجات اسناد ولادت و مرگ قبل از امضا سخن گفته و آن را در صلاحیت مأمور تنظیم کننده سند قرار داده است، ولی با توجه به وحدت ملاک می‌توان این قاعده را به تصحیح سایر اسناد و دفاتر سجلی که به وسیله مأموران ثبت احوال تنظیم می‌شود، نیز سرایت داد؛ اما تصحیح اشتباه در تحریر مندرجات اسناد سجلی بعد از امضا در صلاحیت مأمور تنظیم کننده سند نیست، بلکه در صلاحیت هیئت حل اختلاف است که از رئیس اداره ثبت احوال و مسئول بایگانی یا معاونان یا نمایندگان آنان و یکی از کارمندان مطلع اداره مزبور به انتخاب رئیس اداره ثبت احوال استان تشکیل می‌شود (ماده ۳ ق. ث. ا.).

هرگاه اشتباه، ناشی از تحریر سند نباشد، چنان‌که اعلام کننده در تاریخ ولادت طفل یا مشخصات پدر و مادر اشتباه کرده باشد، تصحیح این‌گونه اشتباه در صلاحیت هیئت حل اختلاف نیست، بلکه دادگاه صلاحیتدار باید در این مورد اخذ تصمیم کند و ذی‌نفع می‌تواند برای تصحیح اشتباه به دادگاه محل اقامت خود شکایت کند (مستنبط از ماده ۴ ق. ث. ا.).

در مواردی که تصحیح اشتباه در صلاحیت هیئت حل اختلاف است تصمیم این هیئت قطعی نیست، بلکه قابل شکایت در دادگاه عمومی محل اقامت خواهان است. رأی دادگاه فقط قابل پژوهش (تجدیدنظر) است (ماده ۴ ق. ث. ا.).

بنابر آنچه گفته شد، اشتباه یا قبل از امضاست که مأمور آن را برطرف می‌کند و در حاشیه سند توضیح داده، امضا می‌نماید و یا بعد از امضا و اشتباه قلمی و تحریری است که رسیدگی به آن در صلاحیت هیئت حل اختلاف است (ر. ک.: ش ۸۸، زیرنویس دوم) و یا اینکه اشتباه از طرف صاحب سند یا اعلام کننده و به دیگر سخن اشتباه غیرتحریری است که در این صورت محکمه رسیدگی نموده، حکم به تصحیح سند صادر می‌نماید.

**۱۴۵. آثار تصحیح اسناد سجلی**

تصحیح سند سجلی در گذشته تأثیر می‌نماید و از تاریخ صدور سند مؤثر واقع می‌شود؛ بنابراین دارنده سند اصلاح شده می‌تواند با ارائه آن تمامی مدارک و اسناد متعلق به خود را نیز تصحیح نماید؛ اما قانون‌گذار برای این ضابطه، استثنای مهمی قائل شده است و آن استثناء درخصوص نظام وظیفه است. قسمت اخیر ماده ۴۴ قانون اصلاح قانون ثبت احوال مصوّب ۱۳۱۹ مقرر می‌داشت «... دادنامه‌ای که به موجب این ماده صادر می‌شود از حیث مقررات راجع به نظام وظیفه مؤثر نخواهد بود». پس هرگاه تاریخ تولد شخص تصحیح شود و اداره ثبت احوال به استناد حکمی که از دادگاه صالح صادر می‌شود، سند را اصلاح نماید، از نظر خدمت نظام وظیفه تاریخ تولد سابق ملاک عمل خواهد بود، نه تاریخ جدید؛ اما این تاریخ از سایر جهات مثلاً از نظر اهلیت در امور مدنی، سیاسی و فرهنگی تأثیر خواهد داشت، چنان‌که اسناد تحصیلی شخص اصلاح می‌گردد و شخص می‌تواند با تاریخ تولد جدید در انتخابات شرکت نماید.

حکم مادهٔ مذکور در قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ و اصلاح شدهٔ آن مصوب ۱۳۶۳ دیده نمی‌شود؛ لیکن مادهٔ ۸ آیین‌نامهٔ اجرایی قانون خدمت وظیفهٔ عمومی ۱۳۶۳/۷/۲۹ مصوب ۱۳۶۴/۵/۱۳ هیئت وزیران همان حکم استثنایی را پذیرفته است. باوجود این، ایجاد چنین محدودیتی، به‌موجب آیین‌نامه، بدون نص قانونی، قابل ایراد است.

**ه) اعتبار اسناد ثبت احوال**

سند ثبت احوال یک سند رسمی محسوب می‌شود (مواد ۹۹۵، ۹۹۹ و ۱۲۸۷ ق. م.) و از اعتبار خاصی برخوردار است.[۱] اینک شایسته است اعتبار آن را نسبت به صاحب سند و اشخاص ثالث بررسی نماییم.

**۱۴۶. اعتبار سند نسبت به صاحب آن**

ماده ۸ ق. ث. ا. این اسناد را از جمله اسناد رسمی به‌شمار می‌آورد، بنابراین مادام که به موجب تصمیم هیئت حل اختلاف یا رأی دادگاه برحسب مورد تصحیح یا باطل نشده به قوت خود باقی است و شخص دارنده می‌تواند از مزایای آن استفاده کند و همچنین اشخاص ذی‌نفع نیز می‌توانند به ضرر دارنده سند به آن استناد نمایند. همه اسناد سجلی نسبت به دارنده سند معتبر هستند و او نمی‌تواند از آثار مترتب بر آنها شانه خالی کند یا درباره آنها انکار یا تردید نماید؛ اما اعتبار این اسناد نسبت به اشخاص ثالث قابل بحث است.

**۱۴۷. اعتبار سند نسبت به اشخاص ثالث**

ممکن است گفته شود که اعتبار اسناد ثبت احوال طبق ماده ۸ ق. ث. ا. نسبت به دارنده آن است و در قانون اشاره‌ای به اعتبار این اسناد نسبت به اشخاص ثالث نشده است و بر اساس ماده ۱۲۹۰ ق. م. اعتبار اسناد رسمی نسبت به اشخاص ثالث در صورتی است که قانون تصریح کرده باشد، بنابراین، اسناد مزبور نسبت به اشخاص ثالث معتبر نیستند؛ اما این راه حل درست به نظر نمی‌رسد، زیرا اسناد ثبت احوال از آنجا که مربوط به وضعیت، اهلیت و هویت اشخاص هستند، باید

---

۱. بر طبق ماده ۸ ق. ث. ا. اصلاحی ۱۳۶۳/۱۰/۱۸ «دفتر ثبت کل وقایع و وفات و شناسنامه و گواهی ولادت و اعلامیه‌ها و اطلاعیه‌ها و دفاتر ثبت کل وقایع و نام خانوادگی از اسناد رسمی است و تا زمانی که به موجب تصمیم هیئت حل اختلاف یا رأی دادگاه برحسب مورد تصحیح یا باطل نشده به قوت خود باقی می‌باشد».

نسبت به همه مردم مؤثر و معتبر باشند؛ مثلاً شخص باید بتواند با شناسنامه اهلیت یا نسب خود را در برابر هر کس ثابت کند. فرض کنید که دارنده شناسنامه معامله‌ای انجام داده و پس از معامله ادعا می‌شود که معامله کننده صغیر ممیز بوده و معامله غیر نافذ است. اگر شناسنامه نسبت به اشخاص ثالث معتبر نباشد دارنده شناسنامه نمی‌تواند به این سند در برابر کسی که در اعلام ولادت و گرفتن شناسنامه دخالت نداشته و وارث و قائم‌مقام اعلام کننده هم نبوده است برای اثبات اهلیت خود استناد کند. برای روشن شدن مطلب مثال دیگری می‌زنیم. مادری برای فرزند خود شناسنامه گرفته و پدر در این کار دخالتی نداشته است. سپس پدر و مادر با طلاق از هم جدا شده‌اند و فرزند طبق قانون می‌خواهد از پدر نفقه بگیرد. پدر منکر نسب می‌شود و خواهان برای اثبات نسب به شناسنامه خود استناد می‌نماید. اگر شناسنامه نسبت به شخص ثالث معتبر نباشد، پدر می‌تواند بگوید من در گرفتن شناسنامه دخالت نداشته‌ام و شخص ثالث هستم و این سند در برابر من قابل استناد نیست؛ بنابراین ملاحظه می‌شود که معتبر نبودن اسناد ثبت احوال نسبت به اشخاص ثالث مشکلات بسیاری به بار خواهد آورد و جا داشت که قانون‌گذار به اعتبار این اسناد نسبت به اشخاص ثالث تصریح می‌کرد. شاید بتوان گفت با توجه به کاربرد و فایده‌ای که از این اسناد مورد نظر قانون‌گذار بوده است، مقصود او نمی‌تواند جز اعتبار اسناد سجلی نسبت به اشخاص ثالث باشد، بنابراین اسناد مزبور نسبت به اشخاص ثالث هم معتبر هستند. منظور از شخص ثالث در اینجا کسی است که در اعلام واقعه و گرفتن سند دخالت نداشته و وراث قانونی و قائم‌مقام دخالت کننده هم نبوده است.

**۱۴۸. اعتبار سند ولادت**

بر طبق پاره‌ای از آراء صادر از دیوان عالی کشور که مستند به ماده ۹۹۹ ق. م. است (ر.ک.: ش ۱۲۹، زیرنویس ۱)، سند ولادتی که در مدت قانونی به اداره ثبت احوال اعلام نشده باشد، سند رسمی محسوب نمی‌شود و از مزایای اسناد رسمی

برخوردار نخواهد بود. با وجود این می‌توان گفت که این گونه اسناد برطبق اطلاق ماده ۸ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ جزء اسناد رسمی به شمار می‌آیند. به‌علاوه معقول و منصفانه نیست که تأخیر در اعلام ولادت که چه بسا ناشی از بی‌اطلاعی افراد و خانواده‌ها از مقررات است سبب شود، سند سجلی که بر طبق مقررات، صادر گردیده سند عادی به شمار آمده، فاقد ارزش و اعتبار اسناد رسمی باشد. این امر با نظر قانون‌گذار امروز، که ارزش و اعتبار فوق‌العاده‌ای برای اسناد سجلی قائل شده و ضمانت اجراهای نسبتاً سنگینی را در این خصوص مقرر داشته است (ر. ک.: ش ۱۳۷ به بعد) و نیز با مصلحت اجتماعی سازگار نیست. البته تأخیر در اعلام ولادت مستلزم اعمال مجازات کیفری و یا در صورت لزوم سایر ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده است، ولی این تأخیر نباید موجب اعتبار کمتر سند ولادت و احیاناً زیانِ دارنده آن باشد.

در تفسیر ماده ۹۹۹ ق. م. بعضی از استادان حقوق چنین اظهارنظر کرده‌اند که اگر ولادت در مدت قانونی اعلام شده باشد، سند مربوط (اعم از شناسنامه و مندرجات دفتر ولادت) هم سند رسمی است و هم نسبت به اشخاص ثالث مؤثر است؛ اما اگر ولادت در مدت قانونی اعلام نشده باشد، سند صادر شده رسمی است، ولی نسبت به اشخاص ثالث مؤثر نمی‌باشد.[1]

۱. امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۴، ص ۲۰۸.

## فصل دوم

# شخص حقوقی

### ۱۴۹. طرح موضوع

قانون‌گذار نه فقط از منافع فرد به عنوان شخص حمایت می‌کند، منافع گروهها و اجتماعات بشری راکه برای وصول به هدفهای مشترک تشکیل می‌شوند نیز مورد حمایت قرار می‌دهد. برای اینکه گروهها و اجتماعات بشری بتوانند فعالیت خود را توسعه دهند و به هدفهای مشروع خود نایل گردند باید بتوانند مالک اموالی گردند، آنها را اداره کنند، اعمال لازم برای زندگی حقوقی را انجام دهند، اقامه دعوی نمایند و از دعوایی که علیه آنها اقامه می‌شود دفاع کنند. نمی‌توان پذیرفت که هر یک از اعضای گروه در تمامی اعمال لازم برای نیل به هدفهای گروه شرکت نمایند یا همگی باهم آنها را انجام دهند؛ بنابراین گروهها و اجتماعات را نیز باید طرف حق و تکلیف محسوب داشت و برای آنها شخصیتی متمایز و مجزا از شخصیت اعضایشان قائل شد و به آنها اجازه داد که به وسیله نمایندگان صلاحیتدار خود اعمال لازم برای زندگی حقوقی را انجام دهند. از این رو در حقوق کشورها، علاوه بر شخص طبیعی که صاحب حق و تکلیف است، شخص حقوقی نیز شناخته شده است که می‌تواند مانند شخص طبیعی صاحب حق باشد و عهده‌دار تکلیف گردد. قانون‌گذار ایران نه‌فقط برای بعضی از گروهها و اجتماعات بشری شخصیت حقوقی قائل شده است، پاره‌ای اموال را نیز مانند موقوفه از شخصیت حقوقی برخوردار کرده و به مسئولان حفظ و اداره آنها اجازه داده است که به نام شخص حقوقی مزبور تصمیمات لازم را اتخاذ نمایند.

یکی از ضرورتهای زندگی اجتماعی امروز، وجود شخص حقوقی است،

زیرا اداره جامعه و جریان کارها به گونه‌ای شایسته بدون وجود حکومت، دولت و سایر نهادها و بنیادهای حکومتی و تخصیص پاره‌ای اموال به آنها و تأسیس شرکتهای تجاری و مؤسسات غیرتجاری، اعم از انتفاعی و غیر انتفاعی، امکان‌پذیر نیست. به همین دلیل است که انواع مختلف شخص حقوقی در رشته‌های مختلف حقوق عمومی و خصوصی مورد توجه قرار گرفته‌اند.

مباحث مربوط به شخص حقوقی، با در نظر گرفتن سنخیت و ارتباط آن با رشته‌های مختلف حقوق، در درسهای مختلف مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند. البته قسمت عمده مطالب آن مربوط به حقوق تجارت، حقوق اساسی و حقوق اداری است، لیکن در حقوق مدنی نیز به تناسب این رشته، بحث از پاره‌ای مسائلِ مهم و اصول کلی شخص حقوقی ضروری است؛ بنابراین در این کتاب به‌اختصار اهم مباحث کلی و اصول اساسی آن را که مشترک بین رشته‌های مختلف حقوق می‌باشد، بررسی می‌نماییم.

**۱۵۰. تقسیم مطالب**

به منظور شناساندن شخص حقوقی نخست لازم است که تعریف، ضرورت وجود و چگونگی پدید آمدن و ماهیت شخص حقوقی مشخص و آنگاه اقسام، ممیزات و وضع حقوقی آن در حقوق امروز معلوم گردد؛ بنابراین، موضوعات این فصل را در پنج مبحث به ترتیب: مفهوم شخص حقوقی (مبحث اول)، اقسام شخص حقوقی (مبحث دوم)، آغاز و پایان شخص حقوقی (مبحث سوم)، ممیزات شخص حقوقی (مبحث چهارم) و وضع حقوقی شخص حقوقی (مبحث پنجم) مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

## مبحث اول: مفهوم شخص حقوقی

در این مبحث ابتدا شخص حقوقی را تعریف و شرایط و عناصر تشکیل دهنده آن را مشخص می‌کنیم، آنگاه ماهیت حقوقی و چگونگی پیدایش آن را بررسی می‌نماییم.

## بند اول: تعریف و شرایط ایجاد شخص حقوقی

### ۱۵۱. تعریف

چنان‌که در مقدمه این فصل اشاره کردیم، شخص حقوقی هنگامی پدید می‌آید که دسته‌ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک هستند یا پاره‌ای از اموال که به اهداف خاصی اختصاص داده شده‌اند در کنار هم قرار بگیرند (ر.ک.: ش ۱۴۹) و قانون آنها را طرف حق و تکلیف بشناسد و برای آنها شخصیت مستقلی قائل گردد، مانند دولت، شهرداری، دانشگاه تهران، شرکتهای تجاری، انجمنها و موقوفات.

بنابراین، می‌توان گفت شخص حقوقی مانند شخص طبیعی (ر.ک.: ش ۲ و ۴) موجودی است که برای نیل به اهداف خاصی پدید می‌آید و می‌تواند طرف حق و تکلیف قرار بگیرد.

### ۱۵۲. شرایط ایجاد

همان‌طور که شخص طبیعی باید موجود باشد تا بتواند طرف حق و تکلیف قرار بگیرد و اثبات وجود او لازم است، شخص حقوقی نیز مانند شخص طبیعی باید موجود باشد و اصل، عدم آن است. البته این واقعیت که شخص حقوقی نامیده می‌شود یک واقعیت خارجی نیست، بلکه یک واقعیت اعتباری است (ر.ک.: ش ۱۵۸) و آنچه در عالم خارج به عنوان اجزاء و عناصر آن موجود و قابل حس و لمس است چیزی غیر از شخص حقوقی است و نباید آن را با شخص حقوقی اشتباه گرفت.

برای ایجاد یک شخص حقوقی شرایط ذیل لازم است:

۱. *قصد و اراده تشکیل شخص حقوقی*. برای تشکیل شخص حقوقی وجود قصد و اراده لازم و ضروری است. در غیر این صورت و مثلاً هرگاه گروهی به منظور شرکت در یک مهمانی و یا مراسم گرد هم جمع شوند شخص حقوقی پدید نخواهد آمد، گرچه مهمانی و مراسم منظم و دنباله‌دار باشد.

۲. *هدفدار بودن گروه*. این موجود برای نیل به اهداف خاصی پا به عرصه

وجود می‌گذارد و فعالیت می‌کند. هرگاه دسته‌ای از افراد و یا پاره‌ای از اموال بدون رسیدن به هدف معینی در کنار هم قرار بگیرند شخص حقوقی تشکیل نخواهد شد. شخص حقوقی پس از زوال این اهداف، حیات خود را از دست می‌دهد.

بنابراین شخص حقوقی، همانند شخص طبیعی، آغاز و پایانی دارد.[۱]

## بند دوم: ماهیت شخص حقوقی[۲]

### ۱۵۳. نظریه‌های مختلف

درباره ماهیت شخص حقوقی نظریه‌های مختلف و جالبی ابراز شده است که می‌توان آنها را به سه دسته تقسیم کرد: نظریه وجود فرضی، نظریه وجود واقعی و نظریه نفی شخصیت حقوقی که ذیلاً آنها را به اختصار مورد بحث قرار می‌دهیم.

### ۱۵۴. نظریه وجود فرضی

این یک نظریه قدیمی (کلاسیک) است که از افکار فردگرایی ناشی شده و مدتهای مدید حاکم بوده است. طرفداران این نظریه گفته‌اند جمعیتها و گروهها از اعضای خود جدا نیستند و اشخاص مستقلی را تشکیل نمی‌دهند. اشخاص واقعی همان اشخاص طبیعی هستند و شخص حقوقی فرض و ساخته قانون‌گذار است و بدون دخالت و تصمیم دولت ایجاد نمی‌شود، قانون‌گذار تا حدی که مصلحت می‌داند شخص حقوقی را صاحب حق می‌شناسد؛ بنابراین، اولاً، وجود شخص حقوقی

---

۱. برخی از حقوقدانان شرایط مذکور را در مورد شخص طبیعی نیز متذکر شده و می‌گویند شخص طبیعی چون دارای شخصیت حقوقی است، واجد سه عنصر است و این عناصر را عنصر برون‌ذاتی، عنصر درون‌ذاتی و عنصر اجتماعی نامیده‌اند (ر.ک.: ریموند سالی؛ شخصیت حقوقی؛ ص ۵۸۴، به نقل از: جوان، موسی؛ *مبانی حقوق*؛ ج ۲، ص ۹۷).

2. Cf.: Marty et Raynaud; *Droit civil*; t. I, n. 818 et s. Carbinner; *Droit civil*; t. I, n. 85. Weill; *Droit civil*; n. 185 et s.

و نیز: *حقوق مدنی ایران*؛ ج ۱، ش ۵۳۰ به بعد.

بسته به اختیار و اراده دولت است؛ ثانیاً، شخص حقوقی فقط دارای حقوقی است که قانون برای او شناخته است، به تعبیر دیگر در شخص حقوقی، اصل، عدم اهلیت است و اهلیت استثناء محسوب می‌شود.

این نظریه به علت انحطاط افکار فردگرایی و توجه بیشتر به نیازها و مقتضیات اجتماعی از اواخر قرن نوزدهم مورد انتقاد شدید واقع شده است و در این زمینه گفته‌اند فرض با شیوه کار قانون‌گذار سازگار نیست، قانون‌گذار باید حکم کند و مقرر بدارد نه آنکه فرض کند، به‌ویژه فکر فرض برای تبیین حقوقیِ پدیده مهمی مانند شخص حقوقی مناسب نیست. به‌علاوه نظریه فرض با گسترش مفهوم شخص حقوقی و اهمیت اجتماعی آن که چه بسا خارج از اراده و تصمیم قانون‌گذار می‌باشد ناسازگار است.

### ۱۵۵. نظریه وجود واقعی

بعضی از علمای حقوق[1] با توجه به ارزش و اهمیت غیر قابل انکار مفهوم شخص حقوقی در زندگی اجتماعی آن را یک واقعیت به شمار آورده‌اند. بنابراین نظریه، اشخاص حقوقی موجودات اجتماعی هستند که نقش آنها در زندگی اجتماعی و حتی در حیات دولت ضروری است. طرفداران این نظریه خود به چند دسته تقسیم می‌شوند:

ـ بعضی شخص حقوقی را یک واقعیت فنی[2] به شمار آورده و گفته‌اند منافع جمعی مستلزم وجود شخص حقوقی است که متعلق به جهان محسوسات نیست، بلکه مربوط به تکنیک حقوقی است؛ بنابراین، اولاً، شخص حقوقی هر وقت که

---

۱. ریموند سالی دانشمند فرانسوی (۱۸۵۵ـ۱۹۱۲ م.) از طریق تبدیل کثرت به وحدت (وحدت در حقوق و وحدت در مال) واقعیت (ذهنی) در شخص حقوقی را پذیرفته و می‌گوید نظریه فرض شخص حقوقی از هر جهت موهوم و غیر واقعی است.

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *مبانی حقوق*؛ ج ۲، ص ۷۴، ۸۵، ۸۶ و ۹۴ به بعد.

2. realité technique

منافع جمعی اقتضا کند به‌وجود می‌آید، حتی اگر قانون‌گذار درباره آن ساکت باشد؛ ثانیاً، باید به شخص حقوقی کلیه حقوقی را که برای تأمین منافع گروهی لازم است اعطا کرد، حتی اگر قانون به‌صراحت آن را پیش‌بینی نکرده باشد.

ـ برخی از علمای حقوق، شخص حقوقی را یک واقعیت جامعه‌شناسی و روان‌شناسی به شمار آورده‌اند. شخص حقوقی یک واقعیت زنده اجتماعی است که قبل از حقوق وجود داشته و حقوق چاره‌ای جز شناسایی و تأیید آن ندارد.

ـ گروهی اراده جمعی[1] را مبنا و معیار وجود شخص حقوقی دانسته‌اند. همان‌طور که شخص طبیعی دارای اراده است شخص حقوقی هم دارای اراده است، هر چند که این اراده از طریق نمایندگان شخص حقوقی اعلام می‌شود. در مورد بعضی از اشخاص طبیعی مانند صغیر و مجنون هم اعلام اراده و انجام دادن اعمال حقوقی از طریق نماینده قانونی انجام می‌گیرد.[2]

ـ برخی از استادان به جای اراده جمعی از نفع جمعی[3] سخن گفته و آن را مبنا و معیار وجود شخص حقوقی معرفی کرده‌اند و چون نفع جمعیِ مادی به‌تنهایی نمی‌تواند مبنای وجود همه اشخاص حقوقی باشد و در بعضی از اشخاص حقوقی منافع جمعی معنوی اساس کار است عده‌ای نظریه نهاد[4] را مطرح کرده‌اند. شخص حقوقی یک نهاد حقوقی یعنی مجموعه‌ای از قواعد امری حاکم بر گروهی از افراد است که هدف آن تأمین پاره‌ای منافع مادی یا معنوی مشترک آنان است.

به هر حال طرفداران نظریه وجود واقعی شخص حقوقی، برای آن واقعیتی خارج از اراده قانون‌گذار قائل شده‌اند و با گسترش و تسهیل فعالیت آن موافق‌اند.[5]

---

1. volonté collective

۲. ر.ک.: همان؛ ج ۲، ش ۵۴، ص ۸۹ و ۹۰.

3. intérêt collectif

4. théorie de l'institution

۵. بر اساس عقیده ریموند سالی منظور از واقعی بودن وجود شخص حقوقی، شخصیت طبیعی و برون‌ذاتی نیست، بلکه ضمیر و خودآگاهی است که این روابط را برقرار می‌دارد، فکر است که آنها را موجودیت می‌دهد (ولی نه دلبخواهی، بلکه تحت تأثیر معلومهای بدوی از عقل و ضمیر انسانی)، (همان؛ ج ۲، ش ۵۶، ص ۹۴).

**۱۵۶. نظریه نفی شخصیت حقوقی**

بعضی از علمای حقوق منکر وجود شخصیت حقوقی و فایده آن شده و سعی کرده‌اند آثار شخصیت حقوقی را از طریق سایر نهادهای حقوقی توجیه کنند. این گروه نیز به چند دسته تقسیم می‌شوند:

- برخی برآن‌اند که شخصیت حقوقی چیزی جز مالکیت جمعی[1] نیست؛ مثلاً هنگامی که سه نفر شریک می‌شوند نیازی نیست که بگوییم شخص چهارمی ایجاد شده است. اموال شخص حقوقی مورد ادعا در واقع ملک جمعی اعضای آن است. این توجیه نارساست، زیرا در اموال مشاع، شرکا حق استفاده مشترک از اموال را دارند و می‌توانند تقسیم آن را تقاضا کنند و دیون راجع به آنها جزء بدهیهای شخصی شرکا محسوب می‌شود، لیکن در مورد شخص حقوقی چنین وضعی دیده نمی‌شود. وانگهی در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی، انجمنها و مؤسسات غیرانتفاعی هدفها و فعالیتها از تملک و تصرف و بهره‌برداری از مال بسی فراتر می‌رود و نظریه مالکیت جمعی نمی‌تواند ماهیت و هدفهای این اشخاص را نشان دهد. به‌علاوه عناصر غیرمالی مانند نام و اقامتگاه و تابعیت در اشخاص حقوقی وجود دارد که با نظریه مالکیت جمعی قابل توجیه نیست.

- بعضی دیگر از استادان حقوق اظهار عقیده کرده‌اند که روابط قراردادی موجود بین اعضای گروه می‌تواند جایگزین مفهوم شخص حقوقی شود. شخص حقوقی وجود ندارد، بلکه افرادی هستند که با قرارداد شرکت، با هم رابطه پیدا کرده‌اند. این نظریه هم قابل ایراد است، زیرا وجود اشخاص حقوقی حقوق عمومی را نمی‌توان نتیجه روابط قراردادی افراد دانست.

**۱۵۷. نتیجه و نظریه قابل قبول در حقوق ایران**

ایرادها و انتقادهایی که به مفهوم شخص حقوقی شده، اهمیت عملی و ارزش اجتماعی آن را از میان نبرده و امروزه در قوانین همه کشورها وجود شخص حقوقی

1. propriété collective

پذیرفته شده است. این مفهوم علاوه بر سادگی و آسانی، بهتر از هر مفهوم دیگری منافع جمعی و ثبات آن را تأمین می‌کند و یک نهاد حقوقی و ضروری است که نمی‌توان در جهان امروز از آن چشم پوشید.

البته ضرورت و اهمیت شخص حقوقی مانع از آن نیست که دولت در کار آن دخالت و به دیگر سخن مقرراتی برای تنظیم و کنترل آن وضع کند. دو نظریه بزرگِ وجود فرضی و وجود واقعی که در توجیه شخص حقوقی ابراز شده هر دو در ضرورت شخص حقوقی متفق‌اند، ولی در نقش مقامات عمومی و حدود دخالت دولت در آن اختلاف دارند. نظریه وجود فرضی دخالت گسترده دولت را در این زمینه توجیه می‌کند و او را حاکم مطلق در ایجاد و اعطای حقوق به شخص حقوقی می‌داند،[1] در حالی که نظریه وجود واقعی فقط دخالت معتدل و متناسب دولت را می‌پذیرد.[2]

در حقوق ایران نظریه وجود واقعی شخص حقوقی بیشتر قابل قبول است، زیرا اولاً، قوانین ایران با گسترش وجود و فعالیت اشخاص حقوقی و آزادی نسبی در این زمینه مساعد است و حتی در بعضی از اشخاص حقوقی، ثبت در دفتر مخصوص را شرط وجود آنها نمی‌داند (ماده ۵۸۷ ق. ت.)؛ مثلاً شرکتهای بازرگانی پس از انجام‌دادن پاره‌ای امور و قبل از ثبت در دفتر ثبت شرکتها، شخصیت حقوقی

---

۱. به عقیده ریموند سالی چنین عقیده‌ای وقتی در تاریخ پیدا شد که استبداد مطلقه در سلطنت برقرار بوده است. لوئی چهاردهم در عبارت خود که گفته بود «من هستم هیئت اجتماعیه یا هیئت حاکمه» همه حقوق را به خود منحصر می‌دانسته است (*همان*؛ ج ۲، ش ۵۳، ص ۸۷ و ۸۸).

۲. برخی از فقهای معاصر معتقدند که پیدایش شخص حقوقی یک امر واقعی است نه فرضی (شیرازی، محمدحسین؛ *الفقه السیاسة*؛ ص ۲۲۶) و برخی دیگر در مسئله مالکیت و دولت می‌فرمایند: مالکیت هم، وجود حقیقی ندارد. یک وقت ما می‌خواهیم یک امر حقیقی را برای یک امر اعتباری ثابت بکنیم دولت وجودش اعتباری است. اینها یک سلسله اعتبارات یعنی قراردادهایی است که افراد بشر این قراردادها را به منزله امر واقعی فرض می‌کنند، برای ترتیب دادن یک سلسله آثار (مطهری، مرتضی؛ *ربا، بانک و بیمه*؛ ص ۱۴۰).

پیدا می‌کنند.[1] ثانیاً، اصل در حقوق ایران اهلیت شخص حقوقی است و اصولاً شخص حقوقی از همه حقوق شخص طبیعی برخوردار است، مگر آنچه برحسب طبیعت، ویژه شخص طبیعی باشد (ماده ۵۸۸ ق. ت.). با وجود این نظارت دولت بر اشخاص حقوقی بیش از نظارت بر کار اشخاص طبیعی است و این با مصالح اجتماعی توجیه می‌شود.

**۱۵۸. واقعیت اعتباری**

تردیدی نمی‌توان داشت که شخص حقوقی همانند موجودات خارجی و عینی نیست، یعنی در عالم خارج از ذهن وجود ندارد و قابل رؤیت و لمس و حس نمی‌باشد، بلکه واقعیتی اعتباری است؛ اما بحث در این است که منشأ پیدایش، اعتبار و وجود چنین موجودی چیست و اعتباردهنده آن چه شخصی است؟

اغلب نظریه‌ها راه افراط یا تفریط را پیش گرفته و نتیجه گیری مقبول و بی‌ایرادی از بحثهای خود نکرده‌اند. به نظر می‌رسد که در وجود واقعی شخص حقوقی نباید تردیدی به خود راه داد، ولی این واقعیت، چنان‌که گفته شد، یک واقعیت اعتباری است نه خارجی و عینی؛ منتها منشأ اعتبار متفاوت است و نباید آن را محدود به امر خاصی نمود، چرا که ممکن است شخصیت حقوقی زاییده اراده جمعی یا تکنیک حقوقی یا اراده قانون‌گذار یا دولت باشد. نکته قابل توجه این است که همواره دولت، در مقام اعمال حاکمیت، در شناسایی و تعیین وظایف و اختیارات و حدود کار و فعالیت اشخاص حقوقی مداخله می‌کند، همان‌طور که بر کار و فعالیت و حقوق و تکالیف اشخاص طبیعی نظارت دارد. دولت گاهی در شناسایی شخص حقوقی دخالت می‌کند و گاهی فعالیت اشخاصی را که ایجاد شده‌اند محدود یا تعطیل می‌نماید، همان‌گونه که برخی اشخاص طبیعی را بازداشت یا محدود و یا اعدام می‌کند.

---

۱. ر. ک.: ماده ۵۸۳ ق. ت. و ماده ۱۷ قانون شرکتهای سهامی، مصوب ۱۳۴۷، اصلاحی ۱۳۵۳.

## مبحث دوم: اقسام شخص حقوقی

در حقوق امروز اشخاص حقوقی را می‌توان به اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تقسیم کرد.

### ۱۵۹. اشخاص حقوقی حقوق عمومی

شخص حقوقی ممکن است مربوط به حقوق عمومی باشد. این اشخاص را اشخاص حقوق عمومی نیز گفته‌اند. دولت بی‌شک از این دسته اشخاص حقوقی است. شهرداریها و سازمانهای عمومی که قانون به آنها استقلال مالی و اداری اعطا کرده نیز از این دسته‌اند. مجلس شورای اسلامی، دانشگاه تهران، شهرداری، سازمان ثبت احوال کشور، سازمان آب منطقه‌ای و شرکت ملی نفت، اشخاص حقوقی حقوق عمومی هستند. ماده ۵۸۷ ق. ت. مصوب ۱۳۱۱ مقرر می‌دارد «مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند». بنابراین اشخاص حقوقی حقوق عمومی به محض ایجاد، شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند و می‌توانند در حدود صلاحیت خود اعمال حقوقی انجام دهند و اصولاً به ثبت آنها نیازی نیست، برخلاف اشخاص حقوقی حقوق خصوصی که طبق قانون باید به ثبت برسند.

با وجود این، ممکن است ثبت این اشخاص حقوقی به موجب قانون خاصی لازم باشد، چنان‌که به موجب آیین‌نامه اجرای قانون تأسیس شرکت اتوبوسرانی[۱] مصوب ۱۳۳۴/۱۱/۱۴ مقرر شده است که «شرکت سهامی اتوبوسرانی عمومی باید بر اساس مقررات قانون تجارت به ثبت برسد»، (ماده ۱).

باید اضافه کرد که گاهی تشخیص اینکه یک شخص حقوقی مربوط به حقوق عمومی یا حقوق خصوصی می‌باشد دشوار و دقیق است، همان‌طور که تشخیص حقوق عمومی از حقوق خصوصی همیشه آسان نیست؛ مثلاً می‌توان از خود

۱. قانون تأسیس شرکت اتوبوسرانی عمومی، مصوب بهمن ۱۳۳۱ می‌باشد (*مجموعه قوانین سال ۱۳۳۱*).

پرسید آیا کانون وکلا یک شخص حقوقی عمومی یا خصوصی است. چون این کانون بعضی از وظایف دولت را در مورد تنظیم وکالت دادگستری و تعقیب و مجازات انضباطی وکلای متخلف انجام می‌دهد، می‌توان آن را یک شخص حقوقی عمومی دانست. در مورد شرکتهای بازرگانی که سرمایه آنها متعلق به دولت است، ولی طبق مقررات و اصول بازرگانی اداره می‌شوند نیز مسئله قابل بحث است؛ با وجود این، چون سرمایه این مؤسسات متعلق به دولت است می‌توان آنها را در زمره اشخاص حقوقی عمومی قرار داد؛ بنابراین می‌توان گفت اگر سرمایه شخص حقوقی متعلق به دولت یا شهرداری باشد، یا هدف و فعالیت آن از هدفها و فعالیتهای عمومی باشد، شخص حقوقی مربوط به حقوق عمومی تلقی می‌شود.

**۱۶۰. اشخاص حقوقی حقوق خصوصی**

این دسته از اشخاص حقوقی که گاهی آنها را اشخاص حقوق خصوصی می‌نامند مربوط به روابط خصوصی مردم هستند و هدف و فعالیت آنها در زمینه حقوق خصوصی است. بعضی از این اشخاص دارای هدف انتفاعی هستند و بعضی دیگر چنین هدفی ندارند. موقوفات نیز نوع مستقلی از این اشخاص حقوقی را تشکیل می‌دهند؛ بنابراین اشخاص حقوقی حقوق خصوصی را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

**۱. شرکتهای تجارتی.** شرکت تجارتی از گروهی از افراد تشکیل می‌شود که اموال یا خدماتی را به منظور یک فعالیت اقتصادی مشترک و تقسیم منافع بین خود در میان می‌گذارند. شرکت تجارتی دارای اقسام متعددی است که در قانون تجارت پیش‌بینی شده است و کلیه شرکتهای تجارتی دارای شخصیت حقوقی هستند (ماده ۵۸۳ ق. ت.).

شرکتهای تجارتی از حین ایجاد واجد شخصیت حقوقی می‌شوند، لیکن شخصیت آنها هنگامی کامل می‌شود که طبق مقررات به ثبت برسند. ثبت شرکتها در تهران در اداره ثبت شرکتها و در شهرستانها در اداره ثبت اسناد مرکز اصلی

شرکت به عمل می‌آید. بحث از این شرکتها مربوط به حقوق تجارت است.

**۲. مؤسسات غیرتجارتی.** مؤسسات غیر تجارتی، مؤسساتی هستند که از گروهی از افراد برای مقاصد غیرتجارتی، انتفاعی یا غیرانتفاعی، تشکیل شده‌اند. ماده ۱ آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیر تجارتی، مصوب ۱۳۳۷ در این زمینه می‌گوید «مقصود از تشکیلات و مؤسسات غیر تجارتی مذکور در ماده ۵۸۴ قانون تجارت، کلیه تشکیلات و مؤسساتی است که برای مقاصد غیر تجارتی از قبیل امور علمی یا ادبی یا امور خیریه و امثال آن تشکیل می‌شود، اعم از آنکه تشکیل‌دهندگان قصد انتفاع داشته یا نداشته باشند.

تبصره. تشکیلات و مؤسسات مزبور می‌توانند عناوینی از قبیل انجمن[1]، کانون، یا بنگاه و امثال آن اختیار نمایند، ولی اتخاذ عناوینی که اختصاص به تشکیلات دولتی و کشوری دارد از طرف مؤسسات مزبور ممکن نخواهد بود».

بنابراین ، مؤسسات غیرتجارتی را به دو بخش می‌توان تقسیم کرد:

الف) مؤسساتی که مقصود از تشکیل آنها جلب منافع و تقسیم آن بین اعضای خود نباشد، مانند انجمنهایی که برای تشویق علم، ادب، ورزش، هنرهای زیبا و حمایت دسته‌ای از مردم یا حیوانات و جلوگیری از امراض یا فساد اخلاقی تشکیل می‌شوند؛

ب) مؤسساتی که مقصود از تشکیل آنها سودجویی و جلب منافع مادی باشد، مانند کانونهای فنی و حقوقی یا شرکتهای غیرتجارتی که برای کشاورزی یا آبیاری تشکیل می‌گردند (ماده ۲ آیین‌نامه مذکور).

به هر حال طبق ماده ۵۸۴ ق. ت. «تشکیلات و مؤسساتی که برای مقاصد غیرتجارتی تأسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر مخصوصی که وزارت

---

۱. در کتب کلاسیک حقوق مدنی و تجارت اصطلاح انجمن که ترجمه association است به مؤسسات غیرانتفاعی اختصاص داده شده است (*حقوق مدنی ایران*؛ ج ۱، ش ۲۷۰ و زنگنه؛ *حقوق بازرگانی*؛ ص ۵۹)؛ لیکن آیین‌نامه ۱۳۳۷ ظاهراً معنی این اصطلاح را تغییر داده و استعمال آن را برای مؤسسات غیرتجارتی انتفاعی نیز تجویز کرده است.

عدلیه تعیین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند»؛ بنابراین تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی قبل از ثبت هیچ‌گونه شخصیت حقوقی ندارند و هنگامی شخصیت پیدا می‌کنند که تشریفات ثبت آنها انجام شده باشد. به موجب ماده ۳ آیین‌نامه ۱۳۳۷، ثبت تشکیلات و مؤسسات مزبور در تهران در اداره ثبت شرکتها و در شهرستانها در اداره ثبت مرکز اصلی آنها به عمل خواهد آمد.

برای ثبت مؤسسات غیرتجارتی، مؤسسان باید اظهارنامه‌ای شامل یک سلسله اطلاعات از جمله اسم، اقامتگاه و هدف مؤسسه و اسم و اقامتگاه کسانی که برای اداره آنها معین شده‌اند به انضمام اسناد و مدارک لازم از قبیل اساسنامه مؤسسه و اجازه‌نامه شهربانی (در صورتی که مؤسسه دارای مقاصد غیرانتفاعی باشد) به اداره ثبت شرکتها یا اداره ثبت مرکز اصلی مؤسسه تسلیم و بدین وسیله ثبت مؤسسه را تقاضا کنند (ماده ۵ آیین‌نامه مذکور).

مؤسساتی که برای مقاصد غیرانتفاعی تشکیل می‌شوند، برخلاف مؤسسات انتفاعی، مشکوک‌اند و ممکن است با عنوان مشروع به اعمال نامشروع و مخالف مصالح اجتماعی دست بزنند؛ بنابراین قانون‌گذار در این مورد اجازه شهربانی (نیروی انتظامی) را لازم دانسته است. مؤسسات و تشکیلاتی را که مقاصد آنها مخالف با انتظامات عمومی یا نامشروع است (چون ایجاد شورش و ناامنی یا کارهای خلاف اخلاق حسنه) نمی‌توان ثبت کرد (ماده ۵۸۶ ق. ت.).

**۳. موقوفات.** چنان‌که اشاره کردیم، موقوفات،[1] یعنی اموالی که از جریان داد و ستد و معاملات خارج و به یک هدف نیک تخصیص داده شده‌اند، دارای نوعی شخصیت حقوقی هستند. متولی یا سازمان اوقاف برای حفظ و اداره موقوفه و صرف منافع، بر طبق وقف‌نامه، به نمایندگی از موقوفه اقدام خواهد کرد و اعمال حقوقی لازم را انجام خواهد داد.

---

۱. برای مطالعه بیشتر درباره موقوفات و وقف رجوع کنید به: امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۶۸ به بعد.

قانون اوقاف مصوب ۱۳۵۴ به‌صراحت اعلام کرده بود که «موقوفه عام دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان اوقاف حسب مورد نماینده آن می‌باشد». در مورد موقوفه خاص[1] قانون مزبور ساکت بود، ولی مطابق اصول حقوقی، برخی از استادان حقوق برای آن نیز شخصیت حقوقی قائل بودند. به هر حال قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه، مصوب ۲ دی‌ماه ۱۳۶۲ این ابهام را رفع کرد و برای هر موقوفه (اعم از عام و خاص) شخصیت حقوقی شناخت. ماده ۳ قانون اخیر چنین مقرر می‌دارد «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می‌باشد».

وقف هنگامی محقق می‌شود که مالک با شرایط مقرر در قانون، مالی را به موجب قرارداد وقف از ملکیت خود خارج ساخته، منافع آن را به یک کار نیک تخصیص دهد و آن را به عنوان موقوفه به موقوف‌علیهم (در وقف خاص) یا به متولی یا حاکم (در وقف عام) تسلیم نماید (ماده ۶۲ ق. م.). موقوفه ممکن است به نام دیگری از قبیل بنیاد نامیده شود.

## مبحث سوم: آغاز و پایان شخص حقوقی

همان‌گونه که شخص طبیعی آغاز و پایانی دارد، شخص حقوقی نیز دارای آغاز و پایانی است. در اینجا ابتدا به اختصار در مورد آغاز و سپس پایان وجود آن سخن می‌گوییم.

### ۱۶۱. آغاز وجود شخص حقوقی

تمام پدیده‌های جهان هستی آغازی دارند و از نیستی پا به عرصه هستی گذاشته‌اند. شخص حقوقی نیز از این قاعده مستثنا نمی‌باشد. این یک حکم عقلی است و

---

۱. وقف هنگامی عام است که موقوف‌علیهم غیر محصور (غیر محدود و غیرمشخص) یا وقف بر مصالح عامه باشد و وقف خاص آن است که موقوف‌علیهم در آن محصور باشند، مانند وقف بر اولاد (صفائی؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۳۲۶).

عرف و عادت نیز آن را تأیید می‌کند. قرآن کریم درباره امتها به محدود و مدت‌دار بودن و پایان کار آنها تصریح می‌کند که حاکی از آغاز کار امتها نیز می‌باشد.[1]

صرف نظر از نظریه‌های حقوقی می‌توان گفت آغاز وجود شخصیتهای حقوقی حقوق عمومی اعم از دولت، سازمانهای دولتی و شهرداری، زمان تشکیل آنهاست. این اشخاص به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند (ماده ۵۸۷ ق. ت.)؛ اما آغاز وجود اشخاص حقوقی حقوق خصوصی متفاوت است.[2] شرکتهای بازرگانی به محض تشکیل واجد شخصیت

---

۱. «ولکل أمة أجل فإذا جاء أجلهم لا یستأخرون ساعة ولا یستقدمون» اعراف، ۳۴.
این مفهوم از آیات دیگر قرآن نیز استنباط می‌شود رجوع کنید به: یونس، ۴۹؛ حجر، ۵؛ نحل، ۶۱؛ اسراء (بنی اسرائیل)، ۵۸؛ فاطر (ملٰئکه)، ۴۵؛ نوح، ۴.

۲. شرکتهای سهامی عام هنگامی تشکیل می‌گردند که مجمع عمومی مؤسس اولین مدیران و بازرسان شرکت را انتخاب نماید و آنان با علم به تکالیف و مسئولیتهای سمت خود کتباً آن را قبول نمایند (ماده ۱۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت)، در مورد شرکتهای سهامی خاص نیز ضابطه همین است؛ اما چون طبق قانون تشکیل مجمع عمومی مؤسس الزامی نمی‌باشد، هر زمان که مؤسسان شرکت به وظایف مذکور در ماده ۲۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت عمل کردند، شرکت تشکیل می‌گردد. به‌طور معمول مؤسسان اولین جلسه خود را به این مهم اختصاص می‌دهند.
بر اساس مواد ۹۶ و ۱۱۸ ق. ت. شرکت با مسئولیت محدود و شرکتهای تضامنی «وقتی تشکیل می‌گردد که تمام سرمایه نقدی تأدیه و سهم‌الشرکه غیرنقدی نیز تقویم و تسلیم شده باشد». مطابق ماده ۱۸۵ ق. ت. «دستور ماده ۱۱۸ ... در مورد شرکت نسبی نیز لازم‌الرعایه است». با وجود این به اعتقاد برخی از حقوقدانان، شرط مذکور در مواد ۹۶ و ۱۱۸ ق. ت. شرط لازم است نه کافی، و برای تشکیل شرکتهای یاد شده ثبت شرکت هم ضروری است و عدم رعایت مقررات ثبت موجب بطلان عملیات شرکت خواهد شد (ماده ۱۹۸ ق. ت.).
شرکتهای تعاونی اعم از تولید یا مصرف ممکن است مطابق اصول شرکت سهامی یا برطبق مقررات مخصوصی که با تراضی شرکا ترتیب داده شده باشد (اساسنامه) تشکیل گردد (ماده ۱۹۳ ق. ت.).
نوع دیگر شرکتهای تجاری شرکتهای مختلط است که به سهامی و غیر سهامی تقسیم می‌شوند. مفاد مواد ۲۸، ۲۹، ۳۸، ۳۹، ۴۱ و ۵۰ شامل شرکتهای مختلط سهامی است و ←

حقوقی می‌شوند، ولی شخصیت آنها هنگامی کامل می‌گردد که به ثبت برسند (مستنبط از مواد ۵۸۲، ۵۸۳، ۵۸۴ و ۵۸۶ ق. ت.) و نیز می‌توان گفت: قانون‌گذار برای ثبت شرکتها ضمانت اجرای کیفری تعیین کرده و مدیران آنها را مسئول قرار داده است، یعنی شرکتهای ایجاد شده باید ثبت شوند و مدیران مسئول عدم ثبت این شخصیتهای حقوقی هستند (مستنبط از مادهٔ ۱۹۵ و ۲۲۰ ق. ت. و مادهٔ ۲ قانون ثبت شرکتها، مصوب ۱۳۱۰). لیکن بر طبق ماده ۵۸۴ ق. ت: «تشکیلات و مؤسساتی که برای مقاصد غیرتجارتی تأسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد، شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند».

موقوفه نیز برابر ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه، مصوب ۱۳۶۳ دارای شخصیت حقوقی است و از تاریخ قبض عین موقوفه که از ارکان وقف به شمار می‌آید (ماده ۵۹ ق. م.)، بدون اینکه به ثبت احتیاج داشته باشد، تشکیل و ایجاد می‌گردد.

**۱۶۲. پایان وجود شخص حقوقی**

حیات اشخاص حقوقی مانند اشخاص طبیعی پایان می‌پذیرد. این قاعده، هم در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی و هم درباره اشخاص حقوقی حقوق خصوصی اعمال می‌گردد. در تاریخ می‌توان از دولتهایی نام برد که منقرض

---

← هر شرکت مختلط سهامی که برخلاف مواد ۲۸، ۲۹، ۳۹ و ۵۰ تشکیل شود باطل است، لیکن شرکا نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند (مواد ۱۷۶ و ۱۷۷ ق. ت.)؛ بنابراین شرکت هنگامی تشکیل می‌گردد که اساسنامه آن امضا و سهم‌الشرکه غیرنقدی ارزیابی و تحویل شده باشد و ثلث سرمایه نقدی تأدیه و تعهد تأدیه دو ثلث اعلام گردد. در مورد شرکت مختلط غیرسهامی که در واقع ترکیبی از شرکت با مسئولیت محدود و شرکت تضامنی است قاعده مذکور برای این شرکتها مبنی بر تشکیل شرکت پس از پرداخت سرمایه نقدی و تقویم و تسلیم سرمایه غیرنقدی (مواد ۹۶ و ۱۱۸ ق. ت.) قابل اعمال است.

شده‌اند، مانند دولت عثمانی، اتحاد جماهیر شوروی و یوگسلاوی. سایر اشخاص حقوق عمومی با اراده دولت یا به موجب مقررات مربوط پایان می‌پذیرند.

اشخاص حقوقی حقوق خصوصی (به‌جز وقف) با انحلال و پایان عمل تصفیه، شخصیت حقوقی خود را از دست می‌دهند. برابر ماده ۲۰۸ قانون اصلاحی تجارت «تا خاتمه امر تصفیه شخصیت حقوقی شرکت جهت انجام امور مربوط به تصفیه باقی خواهد ماند ...» و انحلال شرکت مادام که به ثبت نرسیده و اعلان نشده باشد نسبت به اشخاص ثالث بلااثر است (ماده ۲۱۰ قانون اصلاحی تجارت). در مورد پایان وجود مؤسسات غیرانتفاعی نیز قاعده فوق لازم‌الرعایه است (مستنبط از مواد ۱۰ و ۱۱ آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی مصوب ۱۳۳۷).

شخصیت حقوقی وقف نسبت به سایر اشخاص حقوقی حقوق خصوصی دوام بیشتری دارد و تا زمانی که عین موقوفه باقی باشد این شخص به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد؛ اما در مورد تلف مال موقوفه، وجود این شخص پایان می‌پذیرد (مستنبط از ملاک ماده ۵۱ ق. م.)

باید توجه داشت در مواردی که مال موقوفه به فروش می‌رسد (موضوع مواد ۸۸ و ۳۴۹ ق. م.) شخصیت حقوقی وقف پایان نمی‌پذیرد، بلکه جایگزینی که به قصد و نیت واقف نزدیک‌تر باشد (اقرب به غرض واقف) خریداری می‌شود.[1] هرگاه یکی از شریکان حصه مشاع خود را بفروشد و خریدار، آن را وقف کند، با اخذ به شفعه شریک دیگر (موضوع ماده ۸۰۸ ق. م.) وقف پایان نمی‌پذیرد، بلکه اخذ به شفعه موجب بطلان وقف می‌گردد. به دستور ماده ۸۱۶ ق. م. «اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید»؛[2] بنابراین تنها

---

۱. ر. ک.: امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۹۳.
۲. ر. ک.: کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی: عقود معین؛ ج ۳، ۱۳۶۹، مشارکتها، صلح، عطایا، ش ۱۴۰، ص ۲۶۰ و ۲۶۱ و امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۹۳ و ج ۳، ص ۳۱.

چیزی که می‌توان گفت شخصیت حقوقی وقف را زایل می‌کند تلف قهری مورد معامله است، لیکن درصورت اتلاف موقوفه، تلف کننده باید جایگزین آن را بدهد و مال جایگزین، موقوفه تلقی خواهد شد.[1]

## مبحث چهارم: ممیزات شخص حقوقی

### ۱۶۳. طرح مطلب

شخص حقوقی مانند شخص طبیعی دارای ممیزاتی است که آن را از سایر اشخاص متمایز می‌گرداند. برای اینکه روابط حقوقی و تجاری اشخاص به آسانی انجام پذیرد و بستانکاران بتوانند بدون صرف وقت زیاد و تحمل خسارات به طرف مقابل و بدهکاران خویش مراجعه نمایند، لازم است که شخص حقوقی نیز دارای نام، اقامتگاه و تابعیت باشد. در این مبحث به اختصار از نام، اقامتگاه و تابعیت شخص حقوقی سخن خواهیم گفت.

### ۱۶۴. نام

شخص حقوقی مانند شخص طبیعی، باید نامی داشته باشد. داشتن نام باید برای شخص حقوقی هم، الزامی باشد، زیرا بدون داشتن نام برقراری رابطه با یک شخص به دشواری صورت می‌گیرد. اگرچه در قانون مدنی و قانون تجارت نص صریحی نسبت به این مسئله وجود ندارد، از وجود پاره‌ای مقررات به‌ویژه مقرراتی که اعلام نام شخص حقوقی به مراجع قانونی ذی‌ربط را پیش‌بینی کرده است

---

۱. حقوق مدنی: عقود معین؛ ج ۳، مشارکتها، صلح، عطایا، ش ۱۳۸، ص ۲۵۵ و ۲۵۶.

برخی از استادان حقوق، در مورد فروش مال موقوفه و تبدیل به احسن (ماده ۹۰ ق. م.) اظهار عقیده کرده‌اند که باید مال خریداری شده را به وسیله عقد جداگانه‌ای وقف نمود، زیرا موجبی ندارد که ملک به خودی خود وقف گردد (ر. ک.: امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۹۴).

می‌توان ضرورت انتخاب نام برای شخص حقوقی را استفاده کرد.[1] به‌علاوه طبق ماده ۵۸۸ ق. ت. «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است ...». تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند، گرفته می‌شود (ماده ۵۸۹ ق. ت.)، همچنین بحث از اقامتگاه (ماده ۵۹۰ ق. ت.) و تابعیت شخص حقوقی (ماده ۵۹۱ ق. ت.) از مسائل مهم شخص حقوقی به‌شمار می‌رود. اگرچه قانون‌گذار در این مواد در مقام بیان موضوعات خاصی است، شناسایی این امور و طرح این مباحث برای شخص حقوقی بدون داشتن نام به دشواری قابل تصور است. عرف و عادت نیز ضرورت و اهمیت نام را تأیید می‌نماید.

قانون‌گذار ثبت اسم تجارتی را جز در مواردی که وزارت دادگستری الزامی بداند اختیاری اعلام کرده است (ماده ۵۷۶ ق. ت.). اسم تجارتی ثبت شده را هیچ شخص دیگری نمی‌تواند در همان محل انتخاب کند (ماده ۵۷۸ ق. ت.). این اسم قابل نقل و انتقال بوده (ماده ۵۷۹ ق. ت.)، در انواع مختلف شرکتهای تجاری واجد اوصاف خاصی است (ر. ک.: مواد ۹۵، ۱۱۷، ۱۴۱، ۱۶۳ و ۱۸۴ ق. ت.). قابل ذکر است که چون ثبت اسم تجارتی برابر ماده ۵۸۲ ق. ت.، موکول به تهیه و تصویب آیین‌نامه‌ای بوده که تا کنون به تصویب نرسیده است، ثبت اسم تجارتی در عمل وجود ندارد، ولی برخی از بازرگانان اسم تجارتی خود را به عنوان علامت تجارتی به ثبت می‌رسانند.

### ۱۶۵. اقامتگاه

شخص حقوقی دارای اقامتگاه است که برابر قانون مدنی مرکز عملیات اوست

---

۱. شرکتهای تجاری و غیرتجاری طبق پاره‌ای مقررات ملزم به اعلام نام خویش می‌باشند (ر. ک.: مواد ۷، ۸، ۱۳، ۲۶، ۵۸، ۶۰، ۱۷۱، ۱۷۴، ۱۷۹، ۱۹۷، ۲۷۹ و ۲۹۴ قانون اصلاحی تجارت و مواد ۹۵، ۱۱۶، ۱۴۱، ۱۹۵ و ...).

در مورد مؤسسات غیرتجارتی رجوع کنید به: ماده ۵ آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجارتی ۱۳۳۷ که درج نام مؤسسه در اظهارنامه ثبت را مقرر داشته است.

(ماده ۱۰۰۲ ق. م.) قانون تجارت در این زمینه می‌گوید «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست» (ماده ۵۹۰ ق. ت.). بعضی از حقوقدانان تصور کرده‌اند که قانون مدنی در این خصوص با قانون تجارت معارض است و در مقام حل تعارض گفته‌اند، چون ماده ۱۰۰۲ ق. م. بعد از قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱) وضع شده است، ناسخ ماده ۵۹۰ این قانون خواهد بود.[1] این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا اگر جمع بین دو قانون ممکن باشد، نباید حکم به نسخ کرد (الجمع مهما امکن اولی من الطرح).

برخی دیگر گفته‌اند ماده ۵۹۰ ق. ت. مخصص ماده ۱۰۰۲ ق. م. است، زیرا ماده ۵۹۰ راجع به اشخاص حقوقی حقوق تجارت (شرکتهای بازرگانی) است، در حالی که ماده ۱۰۰۲ عام است، پس باید آن را در غیر مورد خاص (اشخاص حقوقی تاجر) اجرا کرد. اشکال این نظریه آن است که مواد ۵۸۸ تا ۵۹۱ ق. ت. که راجع به شخص حقوقی است و تحت همین عنوان آمده نیز عام است و اختصاص به شرکتهای بازرگانی ندارد، پس اگر تعارضی وجود داشته باشد بین دو عام است نه بین عام و خاص.

نظریه‌ای که بیشتر قابل قبول می‌باشد این است که تعارضی بین دو ماده یاد شده نیست و مقصود از مرکز عملیات در ماده ۱۰۰۲ ق. م. همان مرکز عملیات اداری و به عبارت دیگر محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست، یعنی محلی که ارکان شخص حقوقی مانند مجمع عمومی، هیئت مدیره و مدیر عامل در آنجا قرار دارند و تصمیمات در آنجا گرفته می‌شود و دستورهای اصلی از آنجا صادر می‌گردد، نه مرکز عملیات مادی یا فنی که ممکن است متغیر یا متعدد باشد، مانند مرکز عملیات فنی یک شرکت راه‌سازی. مرکز اداره که یک محل نسبتاً ثابت است برای اقامتگاه شخص حقوقی مناسب‌تر است تا مرکز عملیات فنی یا مادی. بنابراین می‌توان گفت در حقوق ایران اقامتگاه شخص حقوقی مرکز عملیات اداری

---

۱. عبادی، محمدعلی؛ *حقوق تجارت*؛ ص ۵۵ و اعظمی زنگنه، عبدالحمید؛ *حقوق بازرگانی*؛ چ ۴، ۱۳۵۳، ص ۶۹.

یا مرکز اداره شخص است و تفاوتی از این لحاظ بین اشخاص حقوقی حقوق تجارت و سایر اشخاص حقوقی نیست.[۱]

**۱۶۶. تابعیت**

شخص حقوقی مانند شخص طبیعی، دارای تابعیت است. برابر ماده ۵۹۱ ق. ت. «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آنها در این مملکت واقع است». همان‌طور که گفتیم مرکز عملیات اداری این اشخاص (ماده ۱۰۰۲ ق. م. و ۵۹۰ ق. ت.) اقامتگاه آنها خواهد بود (ر. ک.: ش ۱۰۱).

طبق ماده ۱ قانون ثبت شرکتها مصوب ۱۳۱۰/۳/۱۱ «هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد ایرانی محسوب است». به نظر می‌رسد که مقصود از مرکز اصلی همان محل اداره یا اقامتگاه شرکت است؛ بنابراین، ماده مزبور با قانون تجارت و قانون مدنی در مورد تابعیت شخص حقوقی هماهنگ است.

چون همواره در اعطای تابعیت، دولتها خود را ذی‌نفع می‌دانند، در مقام عمل با توجه به مصالح سیاسی خویش مقررات خاصی وضع و به موقع اجرا می‌گذارند. البته هیچ دولتی نمی‌تواند به یک شخص تابعیت خارجی اعطا کند، زیرا این کار دخالت در حاکمیت کشور دیگر به شمار خواهد آمد؛ لیکن هر کشوری می‌تواند برای اعطای تابعیت خود به اشخاص حقوقی، مانند اشخاص طبیعی، شرایطی قائل شود و اشخاصی را که واجد آن شرایط نباشند خارجی محسوب نماید[۲] یا تشکیل شرکت به وسیله بیگانگان در سرزمین خود را ممنوع کند، چنان‌که اصل هشتادویکم قانون اساسی مقرر می‌دارد «دادن امتیاز تشکیل شرکتها و مؤسسات در امور تجارتی و صنعتی و کشاورزی و

---

۱. برای مطالعه بیشتر درباره اقامتگاه شخص حقوقی رجوع کنید به: *اقامتگاه در حقوق ایران* (رساله دکتری)؛ ص ۱۲۸ به بعد و کاتبی، حسینقلی؛ *حقوق تجارت*؛ چاپ سوم، ص ۳۷ تا ۳۹.

۲. ر. ک.: بند ۲ ماده ۶۲ قانون پولی و بانکی کشور، مصوب ۱۳۳۹/۳/۷ و بند ج ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی کشور، مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ و اصلاحی سال ۱۳۵۴ که مقرر می‌دارد «هر بانکی که بیش از ۴۰ درصد سرمایه آن متعلق به اشخاص حقیقی اتباع خارجی یا اشخاص حقوقی خارجی باشد از نظر این قانون بانک خارجی محسوب می‌شود ...».
همچنین رجوع کنید به: ماده ۳۵ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران، مصوب ۱۳۵۰.

معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است».

به نظر می‌رسد که مقصود از دادن امتیاز تشکیل شرکت یا مؤسسه آن است که خارجیان در ایران شرکت یا مؤسسه‌ای تشکیل دهند که کل یا بیشتر سرمایه آن متعلق به آنان باشد و به تعبیر دیگر شرکت در کنترل بیگانگان باشد، لیکن تشکیل شرکت یا مؤسسه‌ای که بخشی از سرمایه آن (کمتر از ۵۱ درصد) متعلق به اتباع خارجی باشد منع قانونی ندارد.[۱]

## مبحث پنجم: وضع حقوقی شخص حقوقی

### ۱۶۷. حقوق و تکالیف

بر طبق ماده ۵۸۸ ق. ت. «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبیعه فقط انسان ممکن است دارای آن باشد، مانند حقوق و وظایف ابوت و بنوت و امثال ذلک»؛ بنابراین، شخص حقوقی از کلیه حقوق شخص طبیعی برخوردار می‌شود و اصل، اهلیت تمتع شخص حقوقی است، مگر آنچه، برحسب طبیعت، ویژه انسان باشد، مانند حقوق ناشی از رابطه پدر ـ فرزندی یا زناشویی. البته شخص‌حقوقی نمی‌تواند خارج از حدود قانون و اساس‌نامه یا وقف‌نامه، حقوقی داشته باشد و حقوقی که برای شخص حقوقی شناخته می‌شود متناسب با هدفهایی است که برای او در نظر گرفته شده است؛ مثلاً یک انجمن یا مؤسسه غیرانتفاعی حق ندارد عملیات بازرگانی انجام دهد.

چنان‌که گفتیم، شخص‌حقوقی مانند شخص طبیعی می‌تواند نامی داشته

---

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تابعیت اشخاص حقوقی رجوع کنید به: سلجوقی، محمد؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*؛ ج ۱، دفتر *خدمات حقوقی و حقوق مدنی ایران*؛ ص ۲۵۸ به بعد و نصیری، محمد؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی* و نصیری، مرتضی؛ *حقوق چند ملیتی* و عامری، جواد؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی* و صقری، منصور؛ *حقوق تجارت* و اعظمی زنگنه، عبدالمجید؛ *حقوق بازرگانی* و همچنین *تاریخ حقوق ایران (از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه)*؛ ص ۲۵۳ به بعد.

باشد. شخص حقوقی، مانند شخص طبیعی دارای اقامتگاه و تابعیت است. علاوه بر حقوق یاد شده، شخص حقوقی می‌تواند مالک و داین و مدیون باشد و در حدود صلاحیت و هدف خود طرف قرارداد واقع شود و اعمال حقوقی انجام دهد و نیز می‌تواند حقوق و تکالیف دیگری دارا شود، مشروط بر اینکه طبیعتاً مخصوص شخص طبیعی نباشد. چون شخص حقوقی یک فرد انسانی نیست که بتواند مستقیماً و بدون دخالت دیگری حقوق خود را اجرا کند و اعمال حقوقی انجام دهد، قانون‌گذار مقرر می‌دارد که «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساس‌نامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود» (ماده ۵۸۹ ق. ت.)؛ مثلاً در شرکتهای تجارتی، مجمع صاحبان سرمایه و مدیران برای اخذ تصمیم و انجام دادن اعمال لازم برای زندگی حقوقی شرکت صلاحیت دارند و تصمیمات آنها به نام شرکت گرفته می‌شود و آثار آن نیز مستقیماً برای شخص‌حقوقی است و برای او ایجاد حق و تکلیف می‌نماید. همچنین در مؤسسات غیرتجارتی، اخذ تصمیم بر طبق اساس‌نامه در صلاحیت مجمع عمومی مؤسسان یا اعضا یا مدیران مؤسسه است و تصمیمات متخذه برای مؤسسه الزام‌آور است. در موقوفه، اخذ تصمیم با متولی یا متصدی منصوب از طرف سازمان اوقاف یا خود سازمان است.

اینک، به دنبال مطالب مذکور و برای روشن شدن وضع حقوقی اشخاص حقوقی از اهلیت (تمتع و استیفا) و مسئولیت مدنی و کیفری شخص حقوقی سخن می‌گوییم.

**۱۶۸. اهلیت شخص حقوقی**

چنان‌که در فصل مربوط به شخص طبیعی گذشت (ر.ک.: ش ۶ به بعد) اهلیت یعنی توانایی و شایستگی شخص برای دارا شدن و اجرای حق. این تعریف درباره شخص حقوقی نیز صادق است. تردیدی وجود ندارد که شخص حقوقی هم باید اهلیت لازم را برای داراشدن و استیفای حق داشته باشد، زیرا شخص بدون

اهلیت، موجودی است که نمی‌تواند طرف حق و تکلیف واقع گردد؛ بنابراین لازم است توانایی شخص حقوقی برای دارا شدن (اهلیت تمتع) و اجرای حق (اهلیت استیفا) مورد بررسی قرار گیرد.

**۱۶۹. اهلیت تمتع**

قانون‌گذار ایرانی اصل برابری شخص طبیعی و حقوقی را در داشتن حقوق و تکالیف پذیرفته و تا جایی که امکان دارد، در این باره تبعیضی قائل نشده است (ماده ۵۸۸ ق. ت.)؛ بنابراین، در حقوق ایران شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که شخص طبیعی می‌تواند دارای آنها باشد؛ اما مقنن واقع‌بین به این نکته دقیق نیز توجه داشته است که طبع وجودی و نیازهای ذاتی شخص طبیعی گاهی مقتضای ویژه‌ای می‌طلبد و شخص طبیعی برای رفع نیازهای وجودی خود و به تناسب طبیعتی که دارد از حقوقی متمتع و بهره‌مند می‌شود که مخصوص اوست.

از آنجا که طبع وجودی شخص حقوقی با این حقوق هماهنگ و سازگار نیست، اعطای حقوق مزبور به شخص حقوقی کار معقول و درستی نمی‌باشد. همچنین شخص طبیعی به اقتضای طبیعت و زندگی ویژه خود دارای تکالیفی است که مخصوص او می‌باشد و طبیعت شخص حقوقی با این گونه تکالیف سازگار نیست. قانون تجارت دو نوع بارز از این حقوق و تکالیف را برای مثال بیان می‌دارد: حق و تکلیف ابوت (پدری)، حق و تکلیف بنوت (فرزندی). بیان تمثیلی قانون تجارت حاکی از این است که غیر از موارد یاد شده حقوق و تکالیف دیگری نیز وجود دارند. این حقوق و تکالیف نوعاً به روابط عاطفی و غیرمالی و خانوادگی شخص طبیعی مربوط می‌شود؛ مثلاً حقوق مربوط به نسب وارث و پاره‌ای حقوق دیگر نظیر حقوق سیاسی و حتی قسم و شهادت فقط با طبع انسانی سازگارند.

نکته شایان توجه این است که چون شخص حقوقی بر اساس ضرورتهای جامعه و به منظور نیل به اهداف خاصی پدید می‌آید، اهلیت تمتع او با توجه به

همین نیازها و مقاصد تعیین می‌گردد و بسته به اراده کسانی است که در چهارچوب قانون این شخص را پدید می‌آورند؛ به این مسئله به‌ویژه در حوزه حقوق عمومی توجه بیشتری شده است. برخی از استادان حقوق اداری می‌گویند اهلیت اشخاص حقوقی محدود به اهداف و اغراضی است که به منظور آن ایجاد شده‌اند؛ به دیگر سخن اشخاص حقوقی اصولاً تخصص ویژه‌ای دارند، در این صورت فقط در محدوده تخصص خویش اهلیت دارند، تنها دولت را از این قاعده مستثنا کرده و در مورد او به صلاحیت عام قائل شده‌اند.[۱]

می‌توان گفت که اهلیت شخص حقوقی محدود به حدودی است که قانون یا قرارداد (اساس‌نامه، شرکت‌نامه و وقف‌نامه) برای او مقرر داشته است و خارج از این حدود نمی‌توان محدودیتی برای او قائل شد.[۲]

به دیگر سخن، هرگاه دلیلی بر این محدودیت وجود نداشته باشد شخص حقوقی طبق ماده ۵۸۸ ق. ت. اهلیت عام خواهد داشت. بدین جهت برخی از استادان حقوق درخصوص وصایت معتقدند که با صراحتِ این ماده، وصی قراردادن شخص حقوقی، منعی ندارد، مگر اینکه اساس‌نامه شرکت آن را منع کرده باشد.[۳]

### ۱۷۰. اهلیت استیفا

اعمال حق و اهلیت استیفا مستلزم وجود اراده حقوقی است. آن دسته از اشخاص طبیعی که، به علت صغر سن یا ضعف یا اختلال قوای دماغی، فاقد اراده کافی هستند، اهلیت استیفا ندارند و محجور شناخته می‌شوند و نمایندگان قانونی آنان، به نام این اشخاص، اعمال حقوقی انجام می‌دهند. همچنین اشخاص

---

۱. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر؛ *حقوق اداری*؛ ج ۲، ص ۴۸ به بعد.
برای دیدن نظر دیگر که برای دولت نیز صلاحیت محدودی قائل است رجوع کنید به: ابوالحمد؛ *حقوق اداری*؛ ج ۱، ص ۳۶۸.

۲. عمید؛ *حقوق مدنی: وصیت*؛ ص ۱۲۶.

۳. جعفری لنگرودی؛ *حقوق مدنی: وصیت*؛ ش ۳۸۸، ص ۳۱۶ و ۳۱۷ و ش ۹۱ به بعد، ص ۸۴ و *وصیت در حقوق مدنی ایران*؛ ص ۳۷۹.

حقوقی، چون فاقد اراده هستند، از طریق نمایندگانشان، مانند مدیر عامل و هیئت مدیره و مجامع عمومی که از اشخاص طبیعی تشکیل شده‌اند، حقوق خود را اعمال می‌نمایند و از این لحاظ اشخاص حقوقی بی‌شباهت به محجورین نیستند.

نخستین مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود وضعیت حقوقی این اشخاص نسبت به شخص حقوقی است. در تحلیل وضعیت حقوقی مدیران یا نمایندگان شخص حقوقی نظریه‌های مختلف مطرح شده است.[1]

نظریه قدیمی در این باب نظریه وکالت (نمایندگی قراردادی) است. قانون‌گذار فرانسه در مورد شرکتهای سهامی به این نظریه اشاره کرده است. ماده ۲۲ قانون ۲۴ ژوئیه ۱۸۶۷ فرانسه مقرر می‌داشت که این شرکتها «به وسیله یک یا چند وکیل موقت[2] اداره می‌شوند»، لیکن این نظریه مورد انتقاد واقع شده است، زیرا وکالت یا نمایندگی قراردادی مستلزم وجود دو اراده است: اراده موکل و اراده وکیل، در حالی که در مورد شخص حقوقی فقط یک اراده وجود دارد که آن هم اراده اشخاص طبیعی است که به نمایندگی شخص حقوقی عمل می‌کنند. شاید به همین جهت قانون جدید فرانسه راجع به شرکتهای سهامی مورخ ۲۴ ژوئیه ۱۹۶۶ عبارت فوق را به کار نبرده است.

نظریه دیگر که ایراد کمتری دارد نظریه نمایندگی قانونی[3] است. با این نظریه شخص حقوقی وضعیتی همانند وضعیت محجورین پیدا می‌کند، یعنی همان‌طور که محجورین (صغیر، مجنون و سفیه) فاقد اهلیت استیفا هستند و نمایندگان قانونی محجورین حقوق آنان را اعمال می‌کنند، شخص حقوقی نیز، چون از موجودات مجرد و بدون اراده است، نمی‌تواند اهلیت استیفا داشته باشد.[4] این

---

1. Marty et Raynaud; *Droit civil*; n. 838, p. 941.

2. mandataires à temps

3. represéntation légale

۴. *حقوق مدنی ایران*؛ ش ۶۵۱، ص ۲۷۲.

نظریه در رویه قضایی فرانسه منعکس شده است.[1]

با وجود این نظریه مذکور نیز خالی از اشکال نیست، زیرا مدیران یک شخص حقوقی وضعیتی متفاوت با وضعیت ولیّ یا قیم محجور دارند و شخص حقوقی را نمی‌توان، مانند صغیر یا مجنون، محجور به شمار آورد، به‌ویژه در مورد دولت که قبل از وضع قانون وجود دارد، نمی‌توان فکر نمایندگی قانونی را اعمال کرد.

با توجه به اشکالات وارد بر نظریه مذکور، نظریه جدیدی مطرح شده که مبتکر آن مؤلفان آلمانی بوده‌اند. این نظریه معروف به نظریه رکن[2] یا نمایندگی ارگانیک[3] است. تفاوت این نظریه با دو نظریه قبلی این است که رکن یا ارگان در واقع جزء شخص حقوقی است و در ساختار آن شرکت دارد، حال آنکه نماینده قراردادی یا قانونی متمایز از شخص منوب‌عنه است.

نتیجه عملی مفهوم رکن در مورد مسئولیت مدنی (غیر قراردادی) شخص حقوقی آشکار است. همه حقوقدانان می‌پذیرند که اعمال زیان‌آور ارکان شخص حقوقی موجب مسئولیت مدنی این شخص خواهد شد. این قاعده با فکر نمایندگی قابل توجیه نیست، خصوصاً از این جهت که معمولاً نمایندگی را ویژه اعمال حقوقی می‌دانند. این نکته با در نظر گرفتن وضعیت حقوقی نماینده قانونی محجور روشن می‌شود. ولیّ یا قیم محجور خود مسئول جرم و شبه‌جرم خویش است و مولی‌علیه مسئولیتی در قبال این اعمال ندارد، در حالی که شخص حقوقی اصولاً مسئول اعمال زیان‌آور مدیران خود می‌باشد؛ بنابراین نظریه نمایندگی قانونی در مورد مسئولیت مدنی شخص حقوقی قابل اعمال نیست. در واقع تقصیرِ رکن

---

۱. دیوان تمیز فرانسه، شعبه مدنی، رأی ۱۷ ژانویه ۱۸۷۲، سیره ۱۸۷۲، بخش ۱، ص ۹؛ ۳۰ اکتبر ۱۹۲۸، دالوز ادواری (.D.P)، ۱۹۳۰، بخش ۱، ص ۹؛ شعبه عرایض، رأی مورخ ۱۳ مه ۱۹۲۹، سیره ۱۹۲۹، بخش ۱، ص ۲۸۹، یادداشت روسو به نقل از:
Marty et Raynaud; *Droit civil*; n. 838, note n. 3.

2. organe

3. représentation organique

شخص حقوقی تقصیر خود شخص به شمار می‌آید و از این رو شخص حقوقی مسئول شناخته می‌شود.

به هر حال، با قبول نظریه رکن که بهتر از نظریه‌های پیشین می‌نماید شخص حقوقی از طریق مدیران خود که ارگان شخص حقوقی هستند و جدا از او نمی‌باشند حقوق خود را اعمال می‌کند و بدین جهت می‌توان گفت شخص حقوقی اصولاً دارای اهلیت استیفاست. در واقع اراده و تصرفات ارگان شخص حقوقی به منزله اراده و تصرفات خود او محسوب می‌شود و از این‌رو شخص حقوقی فاقد اهلیت استیفا و محجور به شمار نمی‌آید.

بنابراین، شخص حقوقی، مانند شخص طبیعی، اصولاً دارای اهلیت استیفا و اجرای حق است، مگر اینکه به موجب قانون اهلیت تصرف او محدود شده باشد؛ مثلاً ورشکستگی شرکت، اهلیت تصرف او را محدود می‌کند و یک نوع حجر برای شخص حقوقی به وجود می‌آورد. به موجب ماده ۴۱۸ ق. ت.، تاجر ورشکسته، اعم از شخص طبیعی و شخص حقوقی، از تاریخ صدور حکم ورشکستگی، از مداخله در تمام اموال خود، حتی آنچه ممکن است در مدت ورشکستگی به دست آورد، ممنوع است و در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد مدیر تصفیه قائم‌مقام قانونی ورشکسته بوده، حق دارد به جای او از اختیارات و حقوق مزبور استفاده کند. به‌علاوه شخص حقوقی ورشکسته حتی قبل از صدور حکم ورشکستگی و از تاریخ توقف از اعمال پاره‌ای حقوق ممنوع می‌باشد، مانند معاملات غیر معوض و تأدیه قرض و معاملات رهنی و وثیقه‌ای که اموال منقول یا غیر منقول تاجر را مقید کند و به ضرر طلبکاران تمام شود (ماده ۴۲۳ ق. ت.).

از موارد حجر یا محدود شدن اهلیت تصرف شخص حقوقی، موردی است که مقامات دولتی به موجب قانون بر امور شخص حقوقی نظارت یا در آن مداخله می‌کنند، به گونه‌ای که پاره‌ای اعمال حقوقی به وسیله نماینده دولت یا با اجازه او

باید انجام گیرد.[1] در حقوق فرانسه این‌گونه مداخله در امور شخص حقوقی را قیمومت اداری[2] نامیده‌اند.

### ۱۷۱. مسئولیت مدنی شخص حقوقی

هرگاه شخص حقوقی زیانی به دیگری (اعم از اینکه زیان‌دیده شخص طبیعی باشد یا شخص حقوقی) وارد آورد، باید آن را جبران نماید (مستفاد از ماده ۱ ق. م. م. و مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ به بعد ق. م.).

تمامی اقسام شخص حقوقی حقوق عمومی و خصوصی، در صورت اضرار، مسئول جبران زیانهای وارد می‌باشند و از این لحاظ اصولاً تفاوتی بین شخص طبیعی و حقوقی نیست.

دولت که یک شخص حقوقی حقوق عمومی است، تحت شرایطی، مسئول زیانهایی است که کارمندان و کارکنان خویش به اشخاص وارد می‌کنند. برابر ماده ۱۱ ق. م. م. «کارمندان دولت و شهرداری و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خسارتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارات وارده می‌باشند، ولی هرگاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارات بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است ...».

اعمال دولت به دو دسته تقسیم می‌شود: اعمال حاکمیت و اعمال تصدی.

در اعمال حاکمیت، دولت وظیفه اصلی خویش یعنی حاکمیت و اقتدار ملی را به موقع اجرا می‌گذارد و از جبران زیانهای ناشی از این اعمال معاف می‌باشد؛ مثلاً دولت

---

۱. ر. ک.: لایحه قانونی مربوط به تعیین مدیر یا مدیران موقت برای سرپرستی واحدهای تولیدی و صنعتی و تجاری و کشاورزی و خدماتی اعم از بخش عمومی و خصوصی، مصوب ۲۴ خرداد ۱۳۵۸ و لایحه قانونی تعیین حدود وظایف و اختیارات مدیر یا مدیران موقت جهت سرپرستی واحدهای تولیدی و صنعتی و تجاری و کشاورزی و خدماتی، مصوب ۲۳ تیر ۱۳۵۹.

2. tutelle administrative

Cf.: Marty et Raynaud; *Droit civil*; t. I, n. 839 et s., p. 944 et s.

جنگ می‌کند، قانونگذاری می‌نماید، مالیات می‌گیرد، قوانین موضوعه را به موقع اجرا می‌گذارد. در این گونه موارد نمی‌توان دولت را مسئول اعمال خود شناخت. ماده ۱۱ ق. م. م. در این زمینه می‌گوید «... در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود».

اما در اعمال تصدی، دولت کارهایی را دنبال می‌کند که مردم نیز در روابط خصوصی خودشان انجام می‌دهند، مثلاً همانند تاجرها و صنعتگران به تجارت و خرید و فروش می‌پردازد. هرگاه دولت ضمن انجام‌دادن اعمال تصدی زیانی به دیگران وارد نماید، مسئول جبران آن می‌باشد.[۱]

اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نیز باید زیانهایی را که بر دیگران وارد می‌آورند، جبران نمایند. اعطای شخصیت حقوقی به این اشخاص موجب تفکیک مسئولیت شخص حقوقی از مسئولیت اعضای آنها می‌شود.[۲]

بنابراین اعضای شخص حقوقی مسئول زیانهایی که از ناحیه شخص حقوقی بر دیگران وارد می‌آید، نیستند، اعم از اینکه زیانها ناشی از نقض عهد و پیمان‌شکنی (مسئولیت قراردادی) یا عمل نامشروع زیان‌آور (ضمان قهری) باشد؛[۳] مثلاً هرگاه شخص حقوق خصوصی در اجرای قرارداد تأخیر کند و یا آن را اجرا ننماید، یا اینکه محصول زیانباری را تولید و به بازار عرضه کند که موجب زیان خریداران و

---

۱. برای مطالعه بیشتر درباره مسئولیت مدنی دولت و اشخاص حقوقی حقوق عمومی رجوع کنید به: حقوق مدنی: *ضمان قهری*؛ ص ۲۳۹ به بعد و ابوالحمد، عبدالحمید؛ «مسئولیت مدنی دولت»، تحولات حقوق خصوصی؛ انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹، ص ۱ تا ۴۰ و ابوالحمد؛ حقوق *اداری*؛ ج ۱، ص ۵۴۳ به بعد و امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید؛ حقوق *تعهدات*؛ ج ۱، ص ۲۶۲ به بعد و طباطبائی مؤتمنی؛ حقوق *اداری*؛ ج ۲، ص ۱۵۰ به بعد و السنهوری، عبدالرزاق احمد؛ *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۸۰۶ به بعد و سوار، محمد وحیدالدین؛ شرح *القانون المدنی*؛ ج ۲، ص ۶۳ و ۶۴ و عکوش، حسن؛ *المسؤولیة المدنیة فی القانون المدنی الجدید*؛ ش ۳۴۳ به بعد، ص ۵۰۶.

۲. ر.ک.: طباطبائی مؤتمنی، منوچهر؛ «شخصیت حقوقی»، تحولات حقوق خصوصی؛ ص ۲۲۷.

3. Morse, Geoffrey, Charles Worth & Morse; *Company Law*; p. 31.

مصرف‌کنندگان آن شود، در صورت اول طرف قرارداد (متعهدله) و در صورت دوم مصرف‌کننده محصول می‌تواند خسارات وارد بر خویش را از شخص حقوقی مطالبه نماید و اعضای شخص حقوقی مسئول جبران این زیانها از اموال و دارایی شخصی خود نمی‌باشند، مگر اینکه زیان ناشی از تقصیر آنها باشد.

البته تقصیر اعضا همواره موجب معافیت شخص حقوقی از مسئولیت نمی‌شود، بلکه در غالب موارد زیان‌دیده می‌تواند به شخص حقوقی مراجعه و از او مطالبه خسارت نماید، آنگاه در مرحله بعدی و پس از جبران خسارت، شخص حقوقی می‌تواند به عضو مقصر خود، طبق قواعد، جهت بازپرداخت خسارت مراجعه کند.

## ۱۷۲. مسئولیت کیفری شخص حقوقی

استادان حقوق در مسئولیت کیفری شخص حقوقی اختلاف نظر دارند. برخی می‌گویند شخص حقوقی فاقد مسئولیت کیفری است،[۱] زیرا کیفرها و مجازاتهای مقرر در قوانین موضوعه هر کشوری، مخصوص اشخاص طبیعی است و «شخص» یا «کسی» که در قوانین مختلف جزایی موضوع حکم قرار می‌گیرد همان شخص طبیعی است و از شخص حقوقی منصرف است. غالب مجازاتها نیز به گونه‌ای هستند که نمی‌توان آنها را درباره شخص حقوقی به موقع اجرا گذاشت، مثل اعدام و حبس. گذشته از اینها، برای تحقق مسئولیت کیفری وجود عنصر روانی، یعنی قصد مجرمانه، یا خطای کیفری لازم است و بدون این عنصر نمی‌توان سوءنیت را احراز نمود و به شخص حقوقی نسبت داده، او را مجرم شناخت. به‌علاوه شخص حقوقی فاقد شعور و ادراک است و رنج و درد ناشی از مجازات را درک نمی‌کند و با اعمال مجازات، مانند تعطیل موقت، نمی‌توان به پاره‌ای اهداف مجازات که تنبیه مجرم و اصلاح اوست نایل شد. بالاخره چون در حقوق کیفری اصل شخصی بودن جرایم و مجازاتها پذیرفته شده است، نباید مسئولیت یک متخلف (نماینده شخص حقوقی) را بر عهده دیگران (شخص حقوقی) گذاشت و او را مجازات و کیفر نمود.

---

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: علی‌آبادی، عبدالحسین؛ *حقوق جنائی*؛ ج ۱، ص ۱۳۷ به بعد و گارو؛ *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*؛ ج ۱، ص ۴۵۹ به بعد و صانعی، پرویز؛ *حقوق جزای عمومی*؛ ج ۲، ص ۱۱۷ به بعد.

عقیده مخالفان مسئولیت کیفری شخص حقوقی مورد انتقاد قرار گرفته است و گروهی آن را نپذیرفته‌اند. طرفداران نظریه مسئولیت کیفری شخص حقوقی می‌گویند چون تمامی اعضای شخص حقوقی از فعالیت آن بهره‌مند می‌شوند باید کیفر عمل مجرمانه شخص حقوقی نیز بر آنها تحمیل و بین آنان توزیع شود. وقتی که اعضا و سهامداران شخص حقوقی به تبع کیفر شخص حقوقی متحمل مجازات گردند همواره در انتخاب مدیران و نمایندگان خویش دقت بیشتری مبذول می‌دارند.

این گروه به ایرادهای مخالفان پاسخ گفته‌اند. خلاصه پاسخها از این قرار است: همان‌طور که شخص حقوقی نمی‌تواند موضوع حقوق و تکالیف خاص یک انسان واقع شود و پاره‌ای حقوق و تکالیف، ویژه طبیعت آدمی است، مجازاتها نیز متناسب با طبع شخص طبیعی یا شخص حقوقی است. درست است که نمی‌توان شخص حقوقی را حبس و یا اعدام نمود، اما به تناسب مورد و اقتضای حال می‌توان از این شخص جریمه گرفت، دارایی او را توقیف کرد، اقدام به تعطیل موقت او نمود و حکم به انحلال او صادر کرد.

در پاسخ به ایراد دیگر مبنی بر اینکه برای تحقق مسئولیت کیفری، قصد مجرمانه و سوءنیت ضروری است گفته‌اند که وقتی شخص حقوقی برای انجام دادن فعل مجرمانه تصمیم می‌گیرد، در واقع اراده جمعی (اعتباری) خود را ابراز نموده و مرتکب خطا شده است. به نظر می‌رسد که مجازات شخص حقوقی با اصل شخصی بودن مجازاتها نیز مغایر نیست، زیرا در صورت اعمال مجازات، شخص حقوقی متخلف، کیفر عمل مجرمانه خود را تحمل می‌کند و هیچ وقت برای تخلف یک شخص حقوقی، شخص حقوقی دیگری را مجازات نمی‌کنند. حقوقدانان توجیهات دیگری هم در این باره دارند و می‌گویند آثار مجازات درباره شخص طبیعی نیز گاهی به دیگران سرایت می‌کند و آنها را بدون اینکه شریک یا معاون مجرم باشند از نظر مادی و معنوی متضرر می‌کند، مثلاً همسر و فرزندان مجرم همواره آثار سوء مجازات شخص مجرم را متحمل می‌شوند. علاوه بر این، اگر هدف اصلی مجازات، اصلاح مجرم، تنبیه سایرین و حمایت جامعه است، در صورت اعمال مجازاتهای متناسب با طبع شخص حقوقی نیز می‌توان به همان نتایج دست یافت؛ زیرا با اعمال مجازاتهای متناسب می‌توان شخص مورد نظر را از ارتکاب مجدد و تکرار جرایم بازداشت و بدین وسیله مانع ارتکاب اعمال مجرمانه سایر اشخاص گردید.

### ۱۷۳. مسئولیت کیفری شخص حقوقی در حقوق موضوعه

در قوانین موضوعه ایران، مسئولیت کیفری شخص‌حقوقی حقوق عمومی ظاهراً پیش‌بینی نشده است. قوانین بیشتر به تخلف و مسئولیت شخصی مدیران و متصدیان شخص حقوقی حقوق عمومی توجه داشته‌اند؛ اما در حقوق بین‌الملل تا حدودی به مسئله مسئولیت کیفری دولتها و سازمانهای دولتی توجه شده و مباحثی از قبیل جنایات جنگی دولتها، جنایات علیه صلح و جنایات علیه بشریت مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته[1] و گامهای مؤثری نیز در این زمینه برداشته شده است. مسئله جنایات و تخلفات دولتها و سازمانهای دولتی بارها در شورای امنیت سازمان ملل مطرح و در پاره‌ای از قطع‌نامه‌ها تصمیمهایی نیز اتخاذ گردیده است؛ اما در مقام عمل به علت ضعف ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل، نتوانسته‌اند دولت متخلف را محاکمه کرده، به کیفر برسانند. از نظر تاریخی دادگاه نورنبرگ را می‌توان نام برد که توانسته است در مورد جنایات جنگی تصمیم بگیرد (ر. ک.: مواد ۶ و ۹ اساس‌نامه نورنبرگ)؛ اما این دادگاه نیز در مورد مسئولیت کیفری شخص حقوقی کم‌توجهی کرده و فقط سران متخلف حزب نازی و دولت حاکم را محکوم کرده است و تا حدودی به مسئولیت کیفری پاره‌ای از اشخاص حقوقی مثل حزب نازی نیز توجه داشته است.

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق خصوصی در پاره‌ای از قوانین پیش‌بینی گردیده است، از قبیل تعطیل شخص‌حقوقی، تعطیل نشریات و لغو پروانه آنها (مواد ۲۸ و ۳۳ قانون مطبوعات، مصوب ۱۳۶۴)، توقیف پروانه (تعطیل موقت) مثلاً از یک تا سه ماه (ماده ۲ قانون حمل‌ونقل و مبادله محصولات و مرسولات پستی وزارت پست و تلگراف و تلفن توسط مؤسسات و شرکتهای خصوصی حمل‌ونقل بار و مسافر، مصوب ۱۳۶۰)، جزای نقدی (ماده ۱۵ قانون اقدامات تأمینی، مصوب ۱۳۳۹ و ماده ۲۲۰ ق. ت.) و ضبط و مصادره اموال (ماده واحده مربوط به ضبط اموال متعلق به احزابی که منحل می‌شوند، مصوب ۱۳۲۸). در برخی از موارد فقط خسارت وارده (مسئولیت مدنی) از اموال شخص حقوقی جبران می‌شود و مسئولیت کیفری اعم از حبس و جریمه نقدی متوجه مدیر عامل یا مدیر مسئول شخص حقوقی است که تخلف به دستور او

---

۱. حقوق جنائی؛ ج ۱، ص ۸۶ به بعد.

صورت گرفته و کیفر فقط درباره مسئولین مذکور اجرا می‌شود (ماده ۱۸۴ قانون کار، مصوب ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام).[1]

۱. نظر ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه در این باره چنین است: «... با توجه به اینکه اشخاص حقوقی قابل تعقیب کیفری نیستند، در مورد استعلام چنانچه متوفی کارگر بوده بر فرض ثبوت بزه، مسئولیّت جزایی متوجه کسانی است که طبق مواد ۳ و ۹۵ قانون کار مصوّب ۶۸ موظف به اجرای مقررات و ضوابط فنّی و بهداشت کار شناخته شده‌اند و در سایر موارد با توجّه به تبصرهٔ ۳ مادهٔ ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مسئولیّت برعهدهٔ کسی است که مرتکب بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی شده به نحوی که وقوع حادثه مستند به خطای وی باشد» (شهری، غلامرضا و سروش ستودهٔ جهرمی؛ *نظریّات ادارهٔ حقوقی قوّهٔ قضائیّه در زمینهٔ مسائل کیفری*؛ ج ۲، از سال ۱۳۷۲ تا پایان سال ۱۳۷۳، روزنامهٔ رسمی، ۱۳۷۵، ص ۵۲۲ و ۵۲۳).

# بخش دوم

## محجورین

فصل اول: مفهوم حجر
فصل دوم: انواع محجورین و حدود حجر آنان
فصل سوم: قیمومت

### ۱۷۴. طرح مطلب

همه اشخاص ـ که اقسام و اوصاف و ممیزات آنها در بخش اول کتاب مورد بررسی قرار گرفت ـ اصولاً دارای اهلیت تمتع هستند، یعنی می‌توانند دارای حق باشند، ولی ممکن است اهلیت استیفا، یعنی توانایی اجرای حق، نداشته باشند. اشخاصی که اهلیت استیفا ندارند محجور نامیده می‌شوند. حجر در لغت به معنی منع است و در اصطلاح حقوقی عبارت است از منع شخص از تصرف در اموال و حقوق مالی خود و انجام دادن اعمال حقوقی، مانند عقد یا ایقاع؛ بنابراین، محجورین کسانی هستند که به علت صغر سن یا نقص یا اختلال قوای دماغی نمی‌توانند در امور خود آزادانه تصرف کنند و اعمال حقوقی که برای حیات انسان لازم است انجام دهند و از این رو به حمایتهای قانون‌گذار نیاز دارند.

همه انسانها در مرحله‌ای از دوران زندگی خود (دوره صغر) از اجرای حقوق و تصرف در اموال خود ممنوع‌اند و ناگزیر دوره‌ای از حجر را به‌طور قهری باید بگذرانند، حتی ممکن است صغیر بعد از رسیدن به سن بلوغ، به علت اینکه رشد کافی برای اداره امور خود ندارد، محجور باشد. به‌علاوه برخی از افراد از کودکی مبتلا به اختلال قوای دماغی هستند و این حالت بعد از رسیدن به سن بلوغ ادامه می‌یابد و نیز ممکن است شخص پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد، به جنون یا سفه مبتلا گردد. این اشخاص محجور شناخته شده‌اند و قانون‌گذار برای اداره امور و حمایت آنها مقرراتی آورده و نهادهایی تأسیس کرده است.

در این بخش به ترتیب مفهوم حجر (فصل اول)، انواع محجورین و حدود حجر آنان (فصل دوم) و قیمومت (فصل سوم) را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

فصل اول

# مفهوم حجر

### ۱۷۵. تقسیم موضوع

چنان‌که گفتیم، حجر را در مقابل اهلیت استیفا به کار می‌برند و محجور کسی است که به علت نقص یا فقد اهلیت نمی‌تواند اعمال حقوقی را انجام دهد؛ بنابراین برای شناخت حجر شایسته است ابتدا از اهلیت، اقسام و اوصاف آن سخن بگوییم (زیرا تعرف الاشیاء باضدادها) و آنگاه به تعریف، انواع، مبنا و اسباب حجر بپردازیم.

بنابراین سرآغاز این فصل را به احکام و مسائل اهلیت اختصاص می‌دهیم (مبحث اول)، سپس به ترتیب، تعریف، انواع و اوصاف حجر (مبحث دوم)، مبنای حجر (مبحث سوم) و اسباب حجر (مبحث چهارم) را مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهیم.

## مبحث اول: اهلیت

### ۱۷۶. تقسیم مبحث

در این مبحث، اقسام اهلیت، مبنا و اوصاف اهلیت و تفاوت آن با مفاهیم مشابه را بررسی می‌کنیم.

### بند اول: اقسام اهلیت

### ۱۷۷. مفهوم عام و خاص اهلیت

اهلیت به معنی عام عبارت است از صلاحیت شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف. در این معنی اهلیت کامل مورد نظر است، اما گاهی از این کلمه فقط توانایی

دارا شدن حق یا اجرای آن را اراده می‌کنند و این اهلیت به معنی خاص می‌باشد.

شایان توجه است که چون اهلیت اجرای حق از نظر استعمال آن در نوشته‌های حقوقی غلبه دارد هنگامی که اهلیت به طور مطلق استعمال می‌شود، منظور اهلیت اجرای حق است.

در قانون مدنی هم اهلیت بیشتر به همین معنی به کار رفته است، به‌ویژه در مواد ۱۹۰ و ۲۱۰ تا ۲۱۲ و مواد دیگری که در آنها اهلیت به عنوان یکی از شرایط اساسی معامله ذکر شده است، همین مفهوم مورد نظر قانون‌گذار بوده است.

**۱۷۸. اهلیت دارا شدن حق**

اهلیت دارا شدن حق (مواد ۹۵۶، ۹۵۷ و ۹۵۹ ق. م.) در زبان فارسی اهلیت تمتع،[۱] اهلیت تملک[۲] و اهلیت استحقاق[۳] نیز نامیده شده است.

حقوقدانان عرب‌زبان از آن با اصطلاح «اهلیة الوجوب» یاد کرده‌اند.[۴] البته اصطلاح اخیر دارای مفهومی وسیع‌تر از شایستگی دارا شدن حق است، زیرا منظور آنان شایستگی شخص برای دارا شدن حق و تکلیف است[۵] که هیچ یک از

---

۱. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۱، ص ۲۰۳ و ۲۰۴ و ج ۴، ص ۱۵۱.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ دوره *مقدماتی حقوق مدنی*؛ ج ۱، ش ۲۸۸ و کاتوزیان، ناصر؛ *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۲۸۴، ص ۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *ترمینولوژی حقوق*.

۴. *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۲۶۶ و الحکیم، عبدالمجید؛ *الموجز فی شرح القانون المدنی*؛ ج ۱، ص ۱۰۱.

در حقوق فرانسه به اهلیت دارا شدن حق Capacité de jouissance و در انگلیسی Capacity to aquire rights گفته‌اند.

۵. صلاحیة الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له و علیه (*الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۲۶۶ و *الموجز فی شرح القانون المدنی*؛ ج ۱، ص ۱۰۱).

مصطفی احمد الزرقاء اهلیت دارا شدن حق و تکلیف را چنین تعریف کرده است: فاهلیة الوجوب هی صلاحیة الشخص للالزام و الالتزام (*الفقه‌الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ج ۲، ش ۴۰۷، ص ۷۴۲).

اصطلاحهای متداول فارسی برای بیان این مقصود کافی به نظر نمی‌رسد. چون اهلیتِ داراشدن حق و اصطلاحات مشابه ناظر به توانایی دارا شدن حق است و هیچ یک بیانگر این مفهوم نیست که شخص ممکن است تکلیفی داشته باشد و حقی برای دیگران و به ضرر او ایجاد شود، بنابراین اصطلاحات به کار رفته در حقوق ایران جامع نیست و پیشنهاد می‌کنیم که به جای واژه مذکور اهلیت دارا شدن حق و تکلیف استعمال شود. این اهلیت نشان‌دهنده شخصیت قانونی شخص است،[1] زیرا در تعریف آن گفته‌اند شخص موجودی است که دارای حق و تکلیف است (ر.ک.: ش ۴).

**۱۷۹. اهلیت اجرای حق**

اهلیت دارا شدن حق همیشه همراه با اهلیت اجرا نیست، چه ممکن است شخص حقی داشته باشد ولی نتواند آن را اجرا کند. کسی که حق دارد یا عهده‌دار تکلیفی است، زمانی می‌تواند حق یا تکلیف خود را اجرا نماید که توانایی و شایستگی آن را دارا باشد. در حقوق ایران به این اهلیت، اهلیت استیفا[2] یا اهلیت تصرف نیز گفته‌اند.[3] چنان‌که گفته شد، هرگاه اهلیت بدون قید به کار رود، منصرف به اهلیت اجراست (مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ و ۹۵۸ ق. م). حقوقدانان عرب‌زبان به این اهلیت «اهلیة الاداء» می‌گویند.[4] کسانی که فاقد این اهلیت باشند در اصطلاح حقوقی محجور نامیده می‌شوند.

---

۱. ابوالسعود، رمضان؛ *مصادر الالتزام فی القانون المصری و اللبنانی*؛ ص ۱۰۸.

۲. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۱، ص ۲۰۴ و *حقوق مدنی ایران*؛ ج ۱، ش ۴۴۰ و عمید، موسی؛ *هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران*؛ ش ۱۰۵.

۳. *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۲۸۴، ص ۲ و ۳ و *مقدمه علم حقوق*؛ ش ۲۶۸ و *دوره مقدماتی حقوق مدنی*؛ ج ۱، ش ۲۸۸.

۴. *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۲۶۸ و *الموجز فی شرح القانون المدنی*؛ ج ۱، ص ۱۰۳.

در فرانسه به اهلیت اجرا یا استیفا Capacité d'exercice و در انگلیسی Capacity to exercise می‌گویند.

**۱۸۰. انتقاد**

تقسیم اهلیت به اهلیت تمتع و اهلیت استیفا قابل انتقاد است، زیرا اولاً، اهلیت تمتع، چنان‌که گفته شد، فقط ناظر به شایستگی دارا شدن حق است و ناظر به تکلیف نیست، در حالی که اصولاً حق با تکلیف همراه است. برای رفع این اشکال پیشنهاد شد به جای اصطلاح معمول، اهلیت دارا شدن حق و تکلیف گفته شود. ثانیاً، اعمال حق کاملاً از داراشدن حق مجزا نیست بلکه جنبه‌ای از بهره‌مند شدن و تمتع از حق است؛ به عبارت دیگر، تمتع از حق در مرحله کمال شامل اجرای حق هم می‌شود. این اشکال از لحاظ نظری تا حدودی وارد است، لیکن قانون‌گذار این دو مرحله را از هم تفکیک نموده و فایده عملی چندی بر آن مترتب ساخته است. استادان حقوق نیز این تفکیک را پذیرفته‌اند و به‌ویژه در باب محجورین اهلیت اجرای حق را مورد بررسی قرار داده‌اند. به هر حال فایدهٔ عملی تفکیک انکارناپذیر است.

**۱۸۱. مراحل مختلف اهلیت**

بعضی از حقوقدانان برای اهلیت (به معنی عام) برحسب اینکه شخص در چه مرحله‌ای از دوران زندگی خویش به سر می‌برد، مراحلی را ذکر کرده‌اند.[1] این مراحل عبارت‌اند از: اهلیت جنین (اهلیت در مرحله جنینی)، اهلیت دوران طفولیت، اهلیت دوران تمیز، اهلیت بلوغ و اهلیت رشد. در این تقسیم‌بندی اهلیت دارای مفهوم بسیط و واحدی است که به‌تدریج تکامل پیدا می‌کند و از اهلیت تمتع ناقص (دوران جنینی) به اهلیت استیفای کامل (اهلیت دوران رشد) می‌رسد. این تقسیم‌بندی در حقوق امروز نیز قابل قبول است. در حقوق کنونی اهلیت در مراحل مختلف انسان یکسان نیست و به‌تدریج اهلیت آدمی،

---

۱. *الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ج ۲، ش ۴۱۴ و ۴۱۵، ص ۷۴۸ به بعد.

برخی از حقوقدانان برای اهلیت سه دوره ذکر کرده‌اند: اهلیت دوره غیر ممیزی که از روز تولد شروع شده و تا پایان هفت‌سالگی ادامه می‌یابد، اهلیت صغیر ممیز که از پایان هفت‌سالگی (از اولین روز هشت‌سالگی) شروع شده و تا سن رشد، که در حقوق کشورها متفاوت است، ادامه دارد و اهلیت رشد که در حقوق کشورهای مختلف تفاوت می‌کند (ر.ک.: *الموجز فی شرح القانون المدنی*؛ ج ۱، ص ۱۰۵ تا ۱۰۷ و *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۲۷۲ به بعد).

همراه با رشد قوای جسمی و دماغی، تکامل می‌یابد و اهلیت ناقص که در مراحل نخستین زندگی وجود دارد به‌تدریج به اهلیت کامل تمتع و استیفا تبدیل می‌گردد، به گونه‌ای که انسان بالغ، عاقل و رشید دارای توانایی کامل جهت دارا شدن و اجرای حق و تکلیف است.

## بند دوم: مبنا و اوصاف اهلیت

### ۱۸۲. طرح مطلب

اهلیت دارای مبنا، خصایص و اوصافی است که شناخت و تبیین آنها ما را در شناسایی اهلیت و تفکیک آن از مواردی که ممکن است با اهلیت اشتباه شوند، یاری می‌دهد؛ بنابراین ابتدا درباره مبنای اهلیت و آنگاه سایر اوصاف آن سخن می‌گوییم.

### ۱۸۳. مبنای اهلیت

مبنای حقوقی اهلیت تمتع، انسان بودن است. همین‌که وجود و شخصیت انسان شکل گرفت و آدمی پا به عرصه زندگی گذاشت، توانایی داراشدن حقوق را کسب می‌کند، حتی انسان، قبل از تولد، چنان‌که گفته شد، دارای اهلیت تمتع ناقص است و بعد از تولد، تا زمان مرگ این توانایی را حفظ خواهد کرد (ماده ۹۵۶ ق. م.).

اما مبنای اهلیت استیفا داشتن تمیز و درک است، زیرا اراده انشایی که برای انجام دادن اعمال حقوقی لازم و ضروری است فقط در اشخاص دارای تمیز موجود است.[1] حال اگر تمیز شخص کامل و کافی باشد، اهلیت او نیز کامل خواهد بود، مانند انسان رشید که دارای درک و تمیز کامل است و خوب را از بد و سود را از زیان تشخیص می‌دهد و معنی عقود، ایقاعات و اعمال حقوقی را درک می‌کند، پس اهلیت او نیز کامل است؛ ولی اگر تمیز شخص کامل نشده باشد، بلکه فقط برخی از امور و مسائل را از همدیگر تمیز دهد، نسبت به آن مسائل اهلیت پیدا می‌کند و به دیگر سخن، دارای اهلیت نسبی می‌شود، مانند سفیه که چون نسبت به

---

۱. *الموجز فی شرح القانون المدنی*؛ ج ۱، ص ۱۰۷ و *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۲۶۸.

امور مالی درک و تمیز کافی ندارد و نمی‌تواند اموال خود را به نحو عاقلانه اداره کند، در این امور فاقد اهلیت است (ماده ۱۲۰۸ و ۱۲۱۴ ق. م.).

**۱۸۴. امری بودن قواعد مربوط به اهلیت**

از آنجا که قواعد مربوط به اهلیت با مصلحت جامعه ارتباط دارند و دارای اهمیت خاصی می‌باشند، این قواعد از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی محسوب می‌شوند.[1]

به طور کلی قواعدی که برای حمایت از شخصیت، آزادی و سلامت اراده فرد وضع شده‌اند امری و مرتبط با نظم عمومی هستند و افراد نمی‌توانند برخلاف آنها توافق کنند؛ بنابراین قراردادهای مربوط به سلب اهلیت، اعم از اهلیت تمتع و اهلیت استیفا، باطل و بلااثر است (ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ ق. م.)، (برای مطالعه بیشتر ر. ک.: ش ۱۸ به بعد).

**۱۸۵. تفکیک اهلیت از مفاهیم مشابه**

گاهی اهلیت را از مفاهیم حقوقی مشابه، چنان‌که باید، تفکیک نمی‌کنند و همین امر، ایجاد اشتباه می‌کند. یکی از مفاهیمی که باید از اهلیت تفکیک شود «اختیار» یا «سمت» است که در مورد اشخاصی مانند ولیّ یا وکیل مطرح می‌شود؛ مثلاً داشتن ولایت بر اموال محجور یا وکالت که از آن به اختیار تعبیر می‌شود، با اینکه یک نوع توانایی در اداره امور و انجام دادن عمل حقوقی است، غیر از اهلیت است و نباید این دو مفهوم را یکی دانست.

چنان‌که در مبنای اهلیت گفتیم، برای اهلیت استیفا، داشتن تمیز و اراده شرط است؛ اما هرکس که دارای اراده باشد لزوماً اهلیت استیفا نخواهد داشت. شخص هنگامی اهلیت استیفا دارد که اهلیت تمتع نیز داشته باشد. بدون داشتن حق، اهلیت اجرای آن مطرح نمی‌شود. پس برای تشخیص و تفکیک اهلیت از «اختیار» باید دید آیا شخص دارای حق می‌باشد یا نه. هرگاه شخص فاقد حق و اهلیت تمتع بوده، ولی به

---

۱. *مصادر الالتزام فی القانون المصری واللبنانی*؛ ص ۱۰۹ و *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۲۷۱ و ۲۷۲ و *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۲۸۹، ص ۷.

موجب قانون یا قرارداد، اذن اداره امور دیگران و انجام دادن اعمال حقوقی به نام و حساب آنان را داشته باشد، دارای اختیار است نه اهلیت و نباید این‌گونه اختیار را با اهلیت اشتباه گرفت و آن دو مفهوم را یکی دانست. اهلیت استیفا، توانایی اجرای حقوق خود شخص است، در حالی که اختیار، توانایی اجرای حقوق دیگران و انجام دادن اعمال حقوقی برای آنان است.[1]

بنابراین، ولیّ قهری، وصی منصوب از جانب او، قیم، امین غایب یا وکیل که اعمالی به نمایندگی از محجور یا غایب یا موکل انجام می‌دهند دارای اختیار یا سمت برای انجام دادن اعمال مزبور هستند، نه اهلیت. البته اختیار این اشخاص در حدود اذنی است که به موجب قانون یا قرارداد به آنان داده شده است و هرگاه آنان خارج از اختیار و اذنی که دارند اعمالی انجام دهند، آن اعمال فضولی و غیر نافذ خواهد بود.

مفهوم دیگری که باید از اهلیت، تفکیک شود قابل نقل و انتقال بودن مال است؛ به دیگر سخن عدم اهلیت با عدم قابلیت نقل و انتقال تفاوت دارد. عدم اهلیت ناشی از نقصی است که در شخص وجود دارد، ولی عدم قابلیت نقل و انتقال مربوط به نقص در مال (ملک) است؛ مثلاً صغیر یا مجنون به علت نقص یا اختلال قوای دماغی نمی‌تواند در اموال خود تصرف کند، در حالی که راهن یا واقف به علت نقصی که در مالکیت عین مرهونه یا موقوفه پدید آمده است قادر به انتقال مال نمی‌باشد. در مورد موقوفه از این لحاظ بین وقف عام و وقف خاص تفاوتی نیست و نیز فرق نمی‌کند که واقف از موقوف‌علیهم باشد، یا نه و تولیت آن را بر عهده داشته باشد، یا نه.

قابل ذکر است که گاهی در فقه از عدم قابلیت نقل و انتقال به حجر تعبیر شده است؛ مثلاً بعضی از فقها از حجر راهن سخن گفته‌اند،[2] ولی در حقوق امروز این‌گونه ممنوعیت که مربوط به وضع مال است حجر یا عدم اهلیت نامیده نمی‌شود و این

---

۱. برخی از حقوقدانان عرب‌زبان این نوع اختیار را در امور مالی ولایت بر مال نامیده و گفته‌اند داشتن صلاحیت و توانایی نسبت به مال دیگری ولایت است و داشتن صلاحیت و توانایی نسبت به مال خود، اهلیت می‌باشد (*الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ص ۲۶۹).

همچنین رجوع کنید به: *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۲۸۷، ص ۵.

۲. *قواعد فقه*؛ ص ۴۰ و ۴۱.

اصطلاح فقط در مورد اشخاصی به کار می‌رود که منع تصرفات آنان مربوط به وضع خود آنان است (ر. ک.: ش ۱۹۸).[1]

### ۱۸۶. اصل یا استثناء بودن اهلیت

برخی از حقوقدانان[2] گفته‌اند اهلیت در انسان اصل، و نقص یا عدم اهلیت استثناست و این نقص یا اصلی و طبیعی است، یا طاری. نقص طبیعی اهلیت به علت (کمبود) سن است همان‌طور که وجود و عدم تمیز به سن بستگی دارد؛ اما بازگشت نقص طاری اهلیت به ضعف یا اختلال در قوای عقلی است. در حقوق ایران نصی در این زمینه وجود ندارد؛ اما می‌توان با استفاده از مقررات موجود بین اهلیت تمتع و اهلیت استیفا قائل به تفکیک شد. در مورد اهلیت تمتع اصل، اهلیت است و اطلاق ماده ۹۵۶ ق. م. مؤید این نظر است. در مورد اهلیت استیفا اصل، عدم اهلیت است (مفهوم ماده ۱۲۱۰ ق. م.) و اهلیت خلاف اصل است و به دلیل نیاز دارد؛ اما همین که اهلیت با دلیل ثابت و محرز شد می‌توان همواره به اهلیت سابق استناد جست و حکم به بقای آن کرد، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد؛ به عبارت دیگر، در مورد اهلیت استیفا، اصل عدم اهلیت است و وجود آن باید ثابت شود؛ اما پس از تحقق و اثبات اهلیت و رفع حجر، اصل، بقای آن است و مدعی زوال اهلیت باید ادعای خود را به اثبات رساند.

بنابراین، می‌توان گفت در مورد اشخاصی که به سن بلوغ و رشد نرسیده‌اند،

---

۱. به نظر می‌رسد قانون‌گذار نیز در به کار بردن واژه اهلیّت در مفهوم درست آن مرتکب اشتباه شده و در مادهٔ ۳۴۵ ق. م. «اهلیّت برای تصرف در مبیع یا ثمن» را که به ظاهر مقصود از آن قابل نقل و انتقال بودن مورد معامله است اهلیّت پنداشته و ضمن شرایط و احکام طرفین معامله آورده است (ر.ک.: سیّدحسن امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۱، ص ۴۲۳).

۲. *الموجز فی شرح القانون المدنی*؛ ج ۱، ش ۱۷۲، ص ۱۰۴ و ۱۰۵.

برخی دیگر از حقوقدانان به استناد پاره‌ای متون قانونی (ماده ۱۰۹ ق. م. مصر) می‌گویند اصل در شخص این است که دارای اهلیت کامل باشد، مگر اینکه قانون آن را سلب یا محدود نماید. متن ماده ۱۰۹ مذکور از این قرار است «کل شخص اهل للتعاقد ما لم تسلب اهلیته او یحد منها بحکم القانون»، (*الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*؛ ج ۱، ش ۱۴۸، ص ۲۶۹ و ۲۷۰).

اصل، عدم اهلیت استیفاست، ولی همین که بلوغ و رشد شخص احراز شد، اصل، اهلیت او در تصرفات و معاملات است، مگر اینکه جنون یا عدم رشدش اثبات گردد.

## مبحث دوم: تعریف، انواع و اوصاف حجر

### بند اول: تعریف حجر

#### ۱۸۷. معنی لغوی و اصطلاحی

واژه حجر در لغت، به فتح و ضم و کسر «حاء» استعمال شده است، لیکن در حقوق امروز فقط به فتح اول به کار می‌رود و به معنی منع و بازداشتن است[1] و به کسر یا ضم اول حرام را گویند، چون ممنوع است و عقل را حجر به کسر اول گفته‌اند، چون انسان را از کارهای زشت بازمی‌دارد؛[2] بنابراین می‌توان گفت که حجر در لغت به معنای منع است.[3]

در اصطلاح حقوقی حجر به معنی عدم اهلیت استیفاست و می‌توانیم در تعریف آن بگوییم «حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به طور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد» و نیز «عدم توانایی قانونی شخص در اعمال و اجرای حق».

بعضی از فقیهان حجر را منحصر به امور مالی دانسته‌اند. محقق حلی در شرایع می‌نویسد «از نظر شرع محجور کسی است که از تصرف در اموالش ممنوع

---

۱. تحریر *الوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۲ و شرائع *الاسلام*؛ ج ۲، ص ۹۹ و جواهر *الکلام*؛ ج ۲۶، ص ۳ و بحرانی، شیخ یوسف؛ *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*؛ ج ۲، ص ۳۴۲.

۲. مفسران قرآن کریم ذی‌حجر را در آیه شریفه «هل فی ذلک قسم لذی حجر»، (فجر، ۶) به ذی‌عقل تفسیر کرده‌اند (حیدر، علی؛ درر *الحکّام*: شرح *مجلة الاحکام*؛ ج ۹، ص ۵۷۹ و الجزیری، عبدالرحمن؛ *الفقه علی المذاهب الاربعة*؛ ج ۲، ص ۳۴۶ و *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*؛ ج ۲۰، ص ۳۴۲).

۳. درر *الحکّام*؛ ج ۹، ص ۵۷۹ و *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*؛ ج ۲۰، ص ۳۴۲.

باشد».[۱] شهید ثانی در مسالک تعریف مشابهی را ارائه می‌دهد.[۲]

حقوقدانان نیز اغلب حجر را منحصر در امور مالی دانسته‌اند. برخی از آنها در تعریف حجر گفته‌اند «حجر عبارت از ممنوع بودن شخص از دخالت در اموال و حقوق مالی خود از طرف قانون می‌باشد».[۳]

با وجود این، برخی از فقیهان حجر را شامل امور مالی و غیرمالی می‌دانند. علامه در تذکره می‌فرماید «صغیر، اعم از ممیز یا غیر ممیز، به موجب نص و اجماع در جمیع تصرفات خود، به جز آنچه استثناء شده است، مانند عبادات و اسلام ... ممنوع است»[۴] و تصرفات اعم از مالی و غیرمالی است.

برخی از فقیهان عامه نیز حجر را به معنی عام تلقی کرده‌اند؛ برای مثال در فقه حنفی تعریفی که از حجر می‌کنند عام است و شامل تصرفات غیرمالی هم می‌گردد؛ چنان‌که گفته‌اند «حجر در اصطلاح عبارت است از منع شخص از تصرفات قولی که اعم است از عدم اهلیت تصرف در قراردادها و سایر اعمال حقوقی».[۵]

ماده ۹۴۱ *المجله* (*مجلة الاحکام العدلية*) نیز مقرر می‌دارد «حجر عبارت

---

۱. المحجور علیه شرعاً هوالممنوع من التصرف فی ماله (*شرائع‌الاسلام*؛ ج ۲، ص ۹۹).

۲. عرفه شرعاً بانه ممنوع من‌التصرف فی ماله ( *مسالک الافهام*؛ ج ۱، ص ۲۴۶).

اکثر فقها حجر را بدین‌گونه تعریف کرده‌اند؛ برای اطلاع بیشتر رجوع کنید به: *تحریر الوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۲ و *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۳ و ۴ و *الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۶۲۹.

۳. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۴۲.

همچنین رجوع کنید به الزحیلی، وهبة؛ *العقود المسماة فی قانون المعاملات المدنية الاماراتی والقانون المدنی الاردنی*؛ ص ۴۰۳.

۴. الصغیر و هو محجور علیه بالنص والاجماع سواء کان ممیزا او لا فی جمیع التصرفات الا مایستثنی کعباداته و اسلامه ... ( *تذکرةالفقهاء*؛ ج ۲، ص ۷۳).

همچنین رجوع کنید به: الحسینی الروحانی، السید محمد صادق؛ *فقه‌الصادق فی شرح التبصرة*؛ ج ۱۶، ص ۳۲.

۵. محمصانی، صبحی؛ *المبادئ الشرعية و القانونية فی الحجر و النفقات و المواريث و الوصية فی المذهب الحنفی و التشريع اللبنانی*؛ ص ۵۶.

است از منع شخص خاص از تصرفات قولی ...».[1]

مالکیها نیز تعریفی ارائه داده‌اند که مفید معنای عام است؛ اما شافعیان و حنبلیان حجر را ویژه امور مالی دانسته‌اند.[2]

به نظر می‌رسد که در حقوق امروز حجر دارای معنای وسیعی است و نمی‌توان آن را محدود به امور مالی دانست. اگرچه حجر در امور مالی بیشتر مورد توجه فقیهان و حقوقدانان و قانون‌گذار قرار گرفته است، در امور غیرمالی نیز دارای مسائل و احکام خاصی است؛ مانند طلاق که یک امر غیرمالی است در مورد محجورین نیز مطرح می‌شود، یا اقرار صغیر یا سفیه در امور غیرمالی قابل بحث می‌باشد؛ بنابراین حجر در حقوق ایران به امور مالی اختصاص ندارد و در مبحث حجر و اهلیت از اعمال حقوقی غیرمالی هم سخن به میان می‌آید.[3] در تأیید این نظر برای مثال می‌توان اشاره کرد که مجنون به دلیل حجر کاملی که دارد از انجام دادن تمامی اعمال حقوقی اعم از مالی و غیرمالی ممنوع است (ر.ک.: ش ۲۴۳).

## بند دوم: انواع حجر

### ۱۸۸. تقسیمات حجر[4]

با توجه به نوع ممنوعیت شخص در تصرفات خود و فلسفه و مبنای حقوقی آن

---

۱. برای مطالعه تفسیر این ماده رجوع کنید به: *دررالحکّام*؛ ج ۹، ماده ۹۴۱، ص ۵۷۹ و رستم بازاللبنانی، سلیم؛ شرح *المجلة*؛ ص ۵۴۳ و آل کاشف الغطاء، محمدحسین؛ *تحریرالمجلة*؛ ج ۳، ص ۱۵۵ و ۱۵۶.

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *الفقه علی المذاهب الاربعة*؛ ج ۲، ص ۳۴۷ و ۳۴۸.

۳. برخی از حقوقدانان معنایی اعم و بسیار گسترده از حجر نیز ارائه داده‌اند «نداشتن صلاحیت در دارا شدن حق معین (یا حقوق معین) و نیز نداشتن صلاحیت برای اعمال حقی که شخص آن را دارا شده است ...، اولی را عدم اهلیت تمتع و دومی را عدم اهلیت استیفا می‌نامند»، (*ترمینولوژی حقوق*؛ واژه شماره ۱۶۷۴، ص ۲۱۰)؛ لیکن به نظر می‌رسد که حجر به معنی اصطلاحی امروز عدم اهلیت تمتع را دربرنمی‌گیرد.

4. Cf.: Houin, M. R.; *Revue trimestrielle de droit civil*; 1947, p. 383 et s. Weill; *Droit civil*; t. I, n. 1075.

همچنین رجوع کنید به: *قواعد فقه*؛ ص ۳۹ به بعد.

می‌توان تقسیماتی برای حجر ذکر کرد.[1] به یک اعتبار حجر به عام و خاص و به اعتباری دیگر به حجر حمایتی و حجر سوءظنی تقسیم شده است. تقسیمات دیگری نیز برای حجر هست که در ذیل به آنها اشاره می‌کنیم.

---

۱. در حقوق اسلام حجر به‌طور وسیع و گسترده مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است. برخی اسباب نقص مالک را در برابر اسباب نقص مالکیت قرار داده و با در نظر گرفتن اسباب مختلف، انواع حجر را نام برده‌اند (*قواعد فقه*؛ ص ۳۹ به بعد).

برخی از فقهای امامیه می‌فرمایند موجبات حجر فراوان است که در لابه‌لای کتابهای مختلف فقهی مانند بیع، رهن و ... آمده است؛ اما فقها به‌طور عادت اسباب شش‌گانه حجر (صغر، جنون، بردگی، مرض موت، فلس و سفه) را که موجب نقص مالک است در کتابی با همین عنوان مورد بحث قرار می‌دهند و شاید بازگشت تمامی صورتهای مختلف حجر به دو قسم باشد: کسی که به دلیل منافع خودش محجور می‌شود، مانند کودک، مجنون و سفیه، و کسی که به دلیل منافع دیگران محجور می‌شود، مانند بقیه محجورین. از طرف دیگر، حجر برابر تقسیم‌بندی فقها، یا عام است و علاوه بر امور مالی، سایر تصرفات را هم دربرمی‌گیرد، یا خاص است و در مورد برخی از اعمال و تصرفات حقوقی است. نوع اول (حجر عام) یا دارای انتها و غایتی است که با انقضای آن، سبب حجر زایل می‌شود، مانند صغر یا دارای پایانی نیست، مانند جنون. نوع دوم (حجر خاص) هم یا بر اساس مصلحت محجور است، مانند سفه، یا بر اساس مصلحت محجور نیست که خود بر دو قسم تقسیم می‌شود، یا موقوف به حکم حاکم است (حجر قضایی) مانند فلس (ورشکستگی) یا منوط به حکم حاکم نیست (حجر قانونی) مانند مرض موت (*جواهرالکلام*؛ ج ۲، ص ۴).

برخی از فقها [شیخ اسدالله شوشتری] با تتبع و تحقیق اسباب نقص مالکیت را در یکجا جمع‌آوری نموده و تا ۲۲ سبب برای این مورد نام برده‌اند که از جمله آنها وقف، جنایت، رهن، تعلق منع در وصیت و حق نذر می‌باشد (*قواعد فقه*؛ ص ۴۲ و ۴۳).

برای مطالعه بیشتر درباره انواع حجر در فقه امامیه و عامه رجوع کنید به: *ایضاح الفوائد*؛ ج ۲، ص ۵۰ به بعد و *شرائع الاسلام*؛ ج ۲، ص ۹۹ به بعد و *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۳ به بعد و قمی، میرزا ابوالقاسم بن الحسن الجیلانی (معروف به میرزای قمی)؛ *جامع‌الشتات*؛ ج ۲، ص ۴۵۳ و ۴۶۵ به بعد و شرح *لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶ به بعد و *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۲ به بعد و *تحریرالمجلة*؛ ج ۳، ص ۱۵۹ به بعد (شرح ماده ۹۵۷) و *الفقه علی المذاهب الاربعة*؛ ج ۲، ص ۳۴۷ به بعد و *دررالحکام*؛ ج ۶، ص ۵۷۹ به بعد و *شرح المجلة*؛ ص ۵۳۴ به بعد (شرح ماده ۹۴۱).

### ۱۸۹. حجر عام و خاص

منظور از حجر عام آن است که شخص به‌طور کلی از اجرای حق و انجام‌دادن اعمال حقوقی ممنوع باشد، برای مثال حجر مجنون عام است؛ زیرا کلیه اعمال حقوقی او را دربرمی‌گیرد و مجنون به علت فقدان اراده هیچ‌گونه عمل حقوقی، چه عقد باشد چه ایقاع، نمی‌تواند انجام دهد.

حجر صغیر نیز عام است، زیرا صغیر (ممیّز) جز در موارد استثنایی، نمی‌تواند حقوق خود را شخصاً اعمال کند.

حجر خاص ممنوع شدن شخص از پاره‌ای تصرفات می‌باشد، نه همه آنها؛ برای مثال حجر سفیه (غیر رشید) حجر خاص به شمار می‌آید، زیرا محدود به امور مالی است. حجر تاجر ورشکسته نیز یک نوع حجر خاص است، زیرا محدود به تصرفات مالی است که به زیان بستانکاران باشد.

### ۱۹۰. حجر حمایتی و حجر سوءظنی[1]

در حجر حمایتی حمایت از محجور مورد نظر قانون‌گذار است، ولی در حجر سوءظنی مقصود حمایت از منافع دیگران است؛ برای نمونه حجر صغیر، مجنون و سفیه حجر حمایتی به‌شمار می‌رود، زیرا این اشخاص به سبب اختلال یا نقص قوای دماغی نمی‌توانند امور خود را، چنان‌که باید، اداره کنند، بدین جهت قانون‌گذار با برقراری حجر و پیش‌بینی نهادهایی برای اداره امور این اشخاص به حمایت از آنان اقدام کرده است؛ اما حجر بر تاجر ورشکسته حجر سوءظنی است، زیرا منظور از آن حفظ حقوق بستانکاران و جلوگیری از تصرفات مالی مضر به حال آنان بوده است. برخی از فقیهان امامیه نیز به این تقسیم‌بندی اشاره کرده‌اند.[2]

---

1. Incapacité de protection, Incapacité de suspicion.

۲. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۴.

**۱۹۱. حجر قانونی و حجر قضایی**[1]

حجر ممکن است به حکم مستقیم قانون باشد یا به حکم دادگاه که به ترتیب حجر قانونی و حجر قضایی نامیده شده‌اند؛ برای مثال حجر صغیر حجر قانونی، ولی حجر مجنونی که بعد از رسیدن به سن بلوغ و رشد دچار جنون شده است و نیز حجر تاجر ورشکسته که به حکم دادگاه نیاز دارد حجر قضایی است.

**۱۹۲. حجر مبتنی بر فقدان اراده و حجر مبتنی بر نقص اراده**

در پاره‌ای از موارد حجر مبتنی بر فقدان درک، شعور و اراده است و در پاره‌ای از موارد مبنای حجر نقص یا عدم کفایت اراده است؛ چنان‌که حجر مجنون از نوع اول و حجر صغیر ممیز یا سفیه از نوع دوم است.

**۱۹۳. حجر در امور مالی و حجر در امور مالی و غیرمالی**

گاهی حجر را به اعتبار اینکه منحصر به امور مالی است یا هم امور مالی و هم امور غیرمالی را دربر می‌گیرد به دو گونه تقسیم کرده‌اند. با توجه به این تقسیم، حجر سفیه محدود به امور مالی است، زیرا فرض این است که سفیه عقل معاش ندارد و تصرفات مالی او عاقلانه نیست، ولی در امور غیرمالی دارای درک، شعور و اراده کافی است؛ اما حجر صغیر[2] و مجنون عام است و همه امور و اعمال حقوقی او را دربر گیرد.

**۱۹۴. حجری که غایت معینی دارد و حجری که غایت معینی ندارد**

گاه حجر در زمان معینی پایان می‌یابد، مانند حجر صغیر که پس از رسیدن به سن

---

۱. مشابه این تقسیم در فقه اسلامی وجود دارد و حجر را به حجری که به حکم حاکم نیاز دارد و حجری که به حکم حاکم نیاز ندارد تقسیم کرده‌اند (*همان‌جا*).

۲. گفتنی است که حجر صغیر ممیّز با اینکه عام است، یک استثناء دارد که مربوط به اعمال حقوقی صرفاً نافع است (ر.ک.: *همین کتاب*؛ ش ۲۱۱).

بلوغ و رشد مرتفع می‌شود؛ ولی گاهی حجر غایت معینی ندارد و زمان انقضای آن معلوم نیست، مانند حجر مجنون. در فقه نیز به این تقسیم‌بندی اشاره شده است.[۱]

## بند سوم: اوصاف حجر حمایتی

### ۱۹۵. قواعد و ضوابط مشترک

حجر حمایتی دارای قواعد و ضوابط مشترک و خاصی است که آن را از سایر نهادهای قانونی و سایر محدودیتها متمایز می‌گرداند. این خصایص عبارت‌اند از:

۱. حجر حمایتی ناشی از قانون است و قواعد و مقررات آن همانند مقررات مربوط به اهلیت با نظم عمومی مرتبط است و از این جهت جزء مقررات امری به‌شمار می‌آید؛ بنابراین اراده افراد نمی‌تواند ایجاد حجر یا رفع حجر نماید.

۲. حجر حمایتی بر فقدان یا عدم کفایت اراده مبتنی است. در مورد معاملات محجورین فقدان یا عدم کفایت اراده مفروض است؛ بنابراین اثبات حجر برای حکم به بطلان معامله یا غیر نافذ بودن آن، کافی است و به اثبات فقدان یا عدم کفایت اراده نیازی نیست؛ اما در مورد شخص غیر محجور و اهل وضع متفاوت است و مدعی فقدان یا عیب اراده باید آن را اثبات نماید. با توجه به این ویژگی است که موارد حجر حمایتی را به‌راحتی می‌توان از غیر آن تشخیص داد؛ برای مثال هرگاه شخصی از تصرف در اموال و حقوق مالی خود به خاطر رعایت حقوق طلبکاران ممنوع گردد یا نقص در مالکیت (مانند مال موقوفه و عین مرهونه) موجب ممنوعیت تصرفات شخص شود، معامله او باطل یا غیر نافذ خواهد بود؛ اما این‌گونه موارد را نمی‌توان در ردیف حجر حمایتی ذکر کرد و حتی استعمال حجر در این موارد برخلاف اصطلاح متعارف امروز است، به همین دلیل است که قانون مدنی اسباب حجر حمایتی را به سه سبب منحصر نموده و از ذکر سایر موارد خودداری کرده است.

---

۱. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۴.

**۳.** ضمانت اجرای حجر حمایتی در حقوق ایران بطلان یا عدم نفوذ است. چنان‌که اعمال حقوقی شخص فاقد تمیز باطل و بلااثر است و اگر شخص دارای تمیز باشد، اما نه آنچنان تمیزی که بر طبق نظر قانون‌گذار برای انجام‌دادن اعمال حقوقی کافی است، مانند صغیر ممیز یا سفیه، که، عمل حقوقی او اصولاً غیر نافذ است.

**۴.** قواعد و مقررات مربوط به حجر حمایتی از یک طرف مربوط به اشخاص است، زیرا در واقع حجر مربوط به نقص شخصیت است و از طرف دیگر مربوط به خانواده است، زیرا قانون‌گذار نهادهای حمایت از محجورین را برای حمایت از خانواده تأسیس کرده است. بدین‌سان و برای مثال ولیّ قهری به ادارهٔ امور صغیر موظّف می‌شود. نگهداری (حضانت طفل) نیز بر عهده اعضای خانواده است. از طرفی در مقررات مربوط به حجر، وحدت مدیریت در خانواده نیز مورد نظر است.

**۵.** رژیم واحدی برای سرپرستی و اداره امور محجورین معین شده است. این رژیم، رژیم ولایت و قیمومت نامیده می‌شود، اعم از اینکه محجور صغیر یا سفیه یا مجنون باشد. البته ولیّ قهری با شرایطی می‌تواند اختیارات خود را به وصی تفویض نماید (ر.ک.: ش ۲۵۲).

**۶.** غالب مقررات مربوط به حجر حمایتی درباره اموال و تعهدات مالی است و قانون‌گذار به منظور حمایت از منافع مالی محجور او را از مباشرت در حقوق مالی خود ممنوع کرده و از این طریق مورد حمایت قرار داده است. قانون‌گذار ایران و فرانسه و پاره‌ای از کشورهای دیگر این شیوه را اتخاذ کرده‌اند، هرچند که این شیوه قابل انتقاد است، زیرا مواظبت از شخص، تعلیم و تربیت و امور غیر مالی محجور که نیکبختی او را تأمین می‌کند باید اهمیتی بیش از امور مالی داشته باشد.

## مبحث سوم: مبنای حجر

### بند اول: دلایل فقهی حجر

#### ۱۹۶. کتاب و سنت

در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که مورد استناد فقیهان و حقوقدانان در مسئله حجر

قرار گرفته‌اند.[1] غالب این آیات درباره صغیر و سفیه می‌باشند، از جمله:

۱. «و ابتلوا الیتامیٰ حتی اذا بلغوا النکاحَ فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالَهم ...»،[2] (پدر مردگان را مورد آزمایش قرار دهید، تا به سن بلوغ برسند؛ پس هرگاه رشد را نیز در آنان احراز نمودید، اموالشان را به آنان پس بدهید ...).

۲. «ولاتؤتوا السفهاءَ اموالَکم ...»[3]، (اموالتان را به دست سفیهان [ افراد غیر رشید] ندهید ...).

۳. «... فان کان الذی علیه الحقُّ سفیهاً او ضعیفاً او لا یستطیعُ ان یُملَّ هو فلیُمللْ ولیُّه بالعدلِ ...»،[4] (... هرگاه مدیون سفیه یا ضعیف [صغیر] بود و نمی‌توانست املا بکند باید ولیّ او از روی عدالت املا کند [بنویسد] ...).

۴. «ولا تقربوا مالَ الیتیمِ الا بالّتی هیَ احسنُ حتّی یَبلغَ اشدَّهُ ...»،[5] (به مال یتیم نزدیک نشوید، مگر به نیکوترین وجهی [که به صلاح او باشد] تا به حد رشد [بلوغ جنسی و رشد عقلی] برسد ...).[6]

علاوه بر دلیل قرآنی، احادیث و روایات فراوانی درباره انواع محجورین وجود دارد که در کتابهای معتبر روایی و فقهی به تفصیل مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته‌اند؛ از جمله: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبی حتی یحتلم و عن المجنون حتی یفیق و عن النائم حتی ینتبه»،[7] (از سه گروه قلم تکلیف برداشته شده [احکام تکلیفی برداشته شده]، از

۱. شهابی، محمود؛ *ادوار فقه*؛ ج ۲، ص ۱۴۷ تا ۱۵۰ و اردبیلی، مقدس؛ *زبدةالبیان فی احکام القرآن*؛ ص ۳۱۸ و ۳۱۹ و *العقود المسماة*؛ ص ۴۰۳.

۲. نساء، ۶.

۳. نساء، ۵.

۴. بقره، ۲۸۲.

۵. انعام، ۱۵۲ و اسراء، ۳۴.

۶. مفسران قرآن کریم در تعریف بلوغ اَشُدّ اختلاف نظر دارند. برخی آن را به معنای احتلام، برخی کمال عقل، برخی رسیدن به سی سال و برخی رسیدن به سی‌وسه سال دانسته‌اند. مرحوم علامه طباطبائی این اصطلاح را در هشت آیه به معنی استحکام قوای بدنی و پایان دوره کودکی که غالباً ۱۸ سالگی است، تعبیر کرده‌اند ( *المیزان*؛ ج ۱۱، ص ۱۱۸ و ج ۱۶، ص ۱۱ و ج ۳، ص ۹۱ و ج ۷، ص ۳۷۶ و ج ۱۴، ص ۳۴۴ و ج ۱۶، ص ۱۱ و ج ۱۷، ص ۳۶۴ و ج ۱۸، ص ۲۰۱ و مهریزی، مهدی؛ «بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، مجله حوزه؛ ص ۲۷۵ و ۲۷۶).

۷. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۱۰.

این حدیث با عبارات مشابهی نیز نقل شده است: ان القلم یرفع عن ثلاثة: عن الصبی ←

کودک تا زمانی که محتلم شود و از دیوانه تا زمانی که بهبود یابد و از شخص خوابیده تا زمانی که بیدار شود).

در روایت دیگر اصبغ بن نباته از حضرت امیر (ع) نقل کرده است: «انه قضی ان یحجر علی الغلام المفسد حتی یعقل».[۱]

و همچنین عبدالله بن سنان از ابی عبدالله (ع) سؤال کرده است: «متی یدفع الی الغلام ماله؟ قال: اذا بلغ و اونس منه رشد و لم یکن سفیهاً ...».[۲]

### ۱۹۷. حکمت و فلسفه تشریع حجر

به گفته حقوقدانان، قانون‌گذار در ایجاد ممنوعیت برای محجور و تأسیس نهاد حقوقی حجر، اهدافی را دنبال می‌کند. این اهداف و انگیزه‌ها را حکمت تشریع حجر می‌نامند. این مقاصد به دو دسته تقسیم می‌شوند: حمایت از منافع شخص محجور و حمایت از دیگران؛ یعنی قانون‌گذار با منع محجور از انجام دادن اعمال حقوقی و واگذاری مسئولیت به ولیّ و قیم، از اموال و حقوق مالی او نگهداری و هرگونه ضرری را از او دفع می‌کند و از اینکه شخصی سربار جامعه شده و موجب حیف و میل اموال امت شود جلوگیری می‌نماید. به‌علاوه از این طریق مصلحت طلبکاران هم مراعات و ضرر از آنها نیز دفع می‌گردد.[۳]

## بند دوم: مبنای حقوقی حجر حمایتی

### ۱۹۸. فقدان یا ضعف اراده

از اقسام یاد شده حجر آنچه تابع رژیم خاص حقوقی است و شایسته است در

---

← حتی یحتلم و عن‌المجنون حتی یفیق و عن‌النائم حتی یستیقظ (*وسائل الشیعة*؛ ج ۱، ص ۳۲، حدیث ۱۱).

۱. *وسائل الشیعة*؛ ج ۱۳، کتاب حجر، باب ۱، حدیث ۴.
همچنین رجوع کنید به: *همان*؛ ج ۱۳، باب ۲، حدیث ۱ و ۵، باب یک، حدیث ۳ و *ایضاح الفوائد*؛ ج ۲، ص ۵۰.

۲. *وسائل‌الشیعه*؛ ج ۱۳، باب ۴۶، حدیث ۲.
همچنین رجوع کنید به: *همان*؛ کتاب الوصایا، باب ۴۵، حدیث ۱، ۲ و ۵ و *العقودالمسماة*؛ ص ۴۰۳.

۳. *العقود المسماة*؛ ص ۴۰۳.

حقوق مدنی مورد بحث و بررسی قرار گیرد و به دیگر سخن، آنچه یک نظریه کلی راجع به آن وجود دارد، حجر حمایتی است که برای حفظ حقوق و منافع صغیر، سفیه و مجنون مقرر شده است. مبنای حقوقی حجر حمایتی فقدان یا ضعف عقل یا اراده است.[۱]

می‌دانیم که برای انجام دادن اعمال حقوقی وجود ارادهٔ انشایی یا حقوقی لازم است و این اراده مستلزم وجود تمیز و درک است و چون شخص محجور فاقد تمیز و اراده می‌باشد (صغیر غیر ممیز و مجنون) یا قوه تمیز و اراده او ناقص است (صغیر ممیز و سفیه)، نمی‌تواند خود اعمال حقوقی انجام دهد و به حکم قانون از تصرف در امور و اعمال حقوقی ممنوع شده است.

اما در حجر سوءظنی، مبنای حقوقی حجر فقدان یا نقص اراده نیست، بلکه حمایت از اشخاص دیگر و بستانکاران است؛ برای مثال تاجر ورشکسته، چنان‌که گفته شد، بدون اینکه به اختلال یا نقص قوای دماغی مبتلا باشد، از پاره‌ای تصرفات مالی منع شده است، تا نتواند اعمالی را که به حقوق بستانکاران لطمه می‌زند انجام دهد.

## مبحث چهارم: اسباب حجر

در این مبحث نخست از اسباب حجر در فقه اسلامی و سپس از اسباب حجر در حقوق موضوعه ایران سخن می‌گوییم.

### بند اول: اسباب حجر در فقه اسلامی

#### ۱۹۹. فقه امامیه

در فقه امامیه اسباب متعددی را از موجبات حجر دانسته‌اند، اما معمولاً فقهای امامیه در

---

۱. برخی از فقهای امامیه تعبیراتی دارند که مؤید این معنی است؛ مثلاً گفته‌اند: ان السفه امر ذاتی و نقص فی‌العقل و التفکیر فهو کالصغیر والمجنون ... (*تحریرالمجلة*؛ ج ۳، ص ۱۷۰).

کتاب حجر، شش سبب را ذکر می‌کنند که به اسباب شش‌گانه (سته) معروف‌اند.این اسباب عبارت‌اند از: ۱) صغر، ۲) سفه، ۳) جنون، ۴) افلاس، ۵) مرض متصل به موت و ۶) رقیّت (بردگی).[۱]

بعضی از فقها غیر از اسباب مذکور اسباب دیگری را هم برای حجر ذکر کرده‌اند، مثل حجر راهن نسبت به عین مرهونه، حجر خریدار نسبت به مبیع قبل از تأدیه ثمن، حجر بایع نسبت به ثمن قبل از تسلیم مبیع و حجر مرتدی که توبه‌اش پذیرفته می‌شود (مرتد ملّی).[۲]

شهید ثانی در *مسالک*، پس از اینکه مانند دیگران شش سبب برای حجر نام می‌برد، می‌فرماید: منحصر کردن اسباب حجر در شش امر، جعلی و استقرایی است نه عقلی و اسباب دیگری هم غیر از اسباب شش‌گانه برای حجر وجود دارد و آنگاه موارد و مثالهایی را ذکر می‌کند که در آنها اسباب دیگری موجب حجر شده‌اند.

**۲۰۰. فقه عامه**

در فقه عامه نیز مانند فقه امامیه اسباب حجر متعدد است، ولی روش فقیهان عامه در احصا و شمارش اسباب حجر اندکی متفاوت است. ایشان معمولاً با عنوان اسباب حجر از صغر، جنون و سفه سخن می‌گویند و درضمن اشاره می‌کنند که اسباب دیگری هم مانند رقیت، مرض متصل به موت و دین وجود دارد. *المجله* (*مجلة الاحکام العدلیة*) که قانون مدنی کشور عثمانی سابق بوده و منبع معتبری در فقه حنفی است، در ماده ۹۵۷ به بعد، اقسام محجورین را معرفی می‌کند. برخی از مفسران این قانون در شرح و تفسیر مواد یاد شده هفت سبب برای حجر یاد کرده‌اند.[۳] علاوه بر این در فصل دیگری از

---

۱. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۴ و *ایضاح الفوائد*؛ ج ۲، ص ۵۰ و *شرائع الاسلام*؛ ج ۲، ص ۹۹ و شرح *لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶.
۲. شرح *لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶.
۳. علی حیدر، رئیس اول دیوان تمیز و وزیر دادگستری دولت عثمانی و مدرس *مجلة الاحکام العدلیة* در مدرسه حقوق آستانه و مفسر مشهور *المجلة* می‌گوید: رق (بردگی)، صغر، جنون و ضررالعامه (ضرر عموم) اسبابی هستند که فقها در آنها اتفاق نظر دارند، اما *المجلة* نامی از رق (بردگی) به میان نیاورده است. در اینکه آیا دین، سفه، غفلت (نادانی) و بله (ابلهی) هم از اسباب به‌شمار می‌آیند اختلافی است. این نویسنده به مواردی اشاره می‌کند که به نظر ←

*المجله* ضمن مواد ۸۷۷ تا ۸۸۰ مریضی که مرض او متّصل به موت باشد تا حدودی محجور شناخته شده است. برخی از فقیهان عامه حجر را در معنی گسترده استعمال کرده و موارد بسیاری را برای حجر ذکر نموده‌اند که بیشتر آنها مربوط به حجری می‌شود که سبب آن نقص در ملکیت است، مانند حجر مشتری نسبت به مبیع قبل از تأدیه ثمن و حجر بایع نسبت به ثمن قبل از تسلیم مبیع[1] و حجر کسی که زمینی را برای دفن میت عاریه می‌دهد (که قبل از پوسیدن جسد میت نمی‌تواند آن را بفروشد) و حجر غاصب در مال خودش که آن را با مال مغصوب مخلوط کرده، به‌طوری که جدا کردن آن ممکن نباشد، پیش از تأدیه عوض مال مغصوب.

به هر حال در فقه عامه نیز اسباب معروف حجر عبارت‌اند از: صغر، جنون که عتَه (جنون نسبی) هم در حکم آن است و سفه.[2]

## بند دوم: اسباب حجر در حقوق موضوعه

### ۲۰۱. ماده ۱۲۰۷ ق. م.

در ماده ۱۲۰۷ ق. م. اسباب حجر ذکر شده و به صغر، سفه و جنون محدود گردیده است. حجر ناشی از این سه سبب، نهاد حقوقی خاصی را تشکیل می‌دهد و تابع رژیم واحدی است؛ زیرا در همه این موارد، حجر موجود، به واسطه نقص قوای عقلی و به تعبیر دیگر، فقدان یا عدم کفایت اراده پدید آمده است و شایسته است از شخص محجور حمایت شود. در این نوع حجر، نقص در شخص محجور است و در حقوق امروز معمولاً اصطلاح حجر برای مواردی که سبب منع، نقص در مالکیت،

---

← وی اسباب اصطلاحی نیستند و به توضیح آنها، ضمن ماده ۹۶۴، به بعد می‌پردازد. این موارد عبارت‌اند از: مفتی ماجن (کسی که مردم از حیله‌های زیانبار او اطلاع دارند و از روی نادانی فتوا می‌دهد و اهمیتی به تحریم حلال و تحلیل حرام نمی‌دهد) و پزشک جاهل و مکاری مفلس (کرایه‌دهنده‌ای که چهارپا یا وسیله نقلیه دیگری ندارد)، (*دررالحکام*؛ ج ۹، ص ۵۹۵ به بعد و ص ۶۰۳ به بعد).

۱. ر.ک.: سیوطی؛ *الاشباه و النظائر*؛ کتاب الحجر.

۲. *الفقه علی المذاهب الاربعة*؛ ج ۲، ص ۳۴۹.

مانند حجر راهن، یا منع تصرف به دلیل حمایت از حقوق دیگران باشد، مانند حجر تاجر ورشکسته، به‌ندرت استعمال می‌شود و قانون مدنی هم برای این‌گونه موارد از اصطلاح حجر استفاده نکرده است. به هر حال حجری که مورد نظر قانون مدنی است و موضوع اصلی بحث ما نیز می‌باشد حجر حمایتی است، نه انواع دیگر حجر.

**۲۰۲. سببهایی که در ماده ۱۲۰۷ ق. م. ذکر نشده است**

چنان‌که اشاره کردیم، ماده ۱۲۰۷ ق. م. از میان اسباب شش‌گانه مذکور در فقه فقط سه سبب را برگزیده است و این سؤال در ذهن پدید می‌آید که آیا اسباب دیگر موجب حجر نمی‌باشند و آیا قانون‌گذار غفلت و کوتاهی کرده، یا اشتباهی مرتکب شده است و یا اینکه با آگاهی، چنین شیوه‌ای را برگزیده و آیا یک توجیه منطقی در این‌باره موجود است؟ برای پاسخگویی به این سؤالات هر یک از اسبابی را که در فقه ذکر شده، ولی در ماده ۱۲۰۷ دیده نمی‌شود به‌طور جداگانه بررسی می‌نماییم.

افلاس[1] در ماده ۱۲۰۷ ذکر نشده، زیرا افلاس مربوط به تاجر یا غیر تاجر است. اگر مربوط به تاجر باشد توقف و ورشکستگی نام می‌گیرد که از مباحث حقوق تجارت است و خارج از موضوعات حقوق مدنی است. اگر مربوط به غیر تاجر باشد، اعسار نامیده می‌شود. اعسار مربوط به حقوق مدنی است، ولی در حقوق مدنی ما اعسار موجب حجر نیست و این امر از قانون اعسار، مصوب ۱۳۱۱ فهمیده می‌شود. ماده ۳۶ این قانون مقرر می‌دارد «در کلیه اختیارات و حقوق مالی مدعی اعسار، که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، طلبکاران او قائم‌مقام قانونی مدعی اعسار بوده و حق دارند به جای او از اختیارات و حقوق مزبور استفاده کنند». مفهوم ماده این است که اگر معسر یا مدعی اعسار، اختیارات و حقوق خود را برای تأدیه دیون خود به کار نبرد، طلبکاران به قائم‌مقامی او می‌توانند این اختیارات را به کار برند، ولی این ماده معسر را از به کار بردن اختیارات و حقوق خود منع نکرده و او را محجور به حساب نیاورده است؛ به

---

۱. برای مطالعه احکام و مقررات افلاس در فقه اسلامی (فرقه‌های مختلف) رجوع کنید به: *موسوعة جمال عبدالناصر فی الفقه الاسلامی*؛ ج ۲۰، ص ۲۰ به بعد.

همین دلیل است که ماده ۱۲۰۷ ق. م. معسر را جزء محجورین نام نبرده است.

مورد دیگر از اسباب حجر رقیت و بردگی است که در فقه ذکر شده است و در قانون مدنی جزء اسباب حجر به شمار نیامده است. علت عدم ذکر این سبب روشن است. با الغای بردگی و از بین رفتن آن در عصر حاضر قانونگذار به عمد و با توجه و عنایت به موضوع از به رسمیت شناختن آن خودداری کرده است.

آخرین سببی که در فقه در ردیف اسباب شش‌گانه حجر مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد و در ماده ۱۲۰۷ ق. م. دیده نمی‌شود، مرض متصل به موت است. این بحث در فقه در مورد تصرفات منجّز و تبرّعی[1] مریض، یعنی اعمال حقوقی مجانی مریض که معلق به فوت و به شکل وصیت نیست، مطرح می‌گردد و فقها در مورد اعتبار آن اختلاف نظر دارند. بعضی گفته‌اند این اعمال تا ثلث ترکه نافذ است و زاید بر ثلث به تنفیذ ورثه نیاز دارد؛ به عبارت دیگر بعضی از فقیهان تبرعات منجز را در حکم وصیت دانسته‌اند،[2] به استناد اینکه اگر تصرفات منجز مریض فقط در ثلث ترکه نافذ باشد، حق

---

۱. تصرفات مریض در ملک خود به دو دسته تقسیم می‌شود: الف) تصرفاتی که معلق بر موت یا غیر موت است، ب) تصرفاتی که معلق بر امر دیگری (معلق‌علیه) نیست و به صورت منجّز انجام می‌شود. این تصرفات نیز به چند نوع تقسیم می‌گردد: اول، تصرفات ناشی از تکالیف و امور واجب، مانند جبران خسارات ناشی از اتلاف و یا سایر موجبات ضمان؛ دوم، تصرفات معاوضی اعم از اینکه مساوی، کمتر یا بیشتر از ارزش مال مورد معاوضه باشد؛ سوم، تصرفات مجانی یا تبرعات، مانند تملیک مجانی و ابراء دین. تصرفات معلق بر موت محدود به ثلث ترکه است و احکام وصیت در مورد آن جاری است. تصرفات معلق بر غیرموت در حکم تصرف منجز است و مشمول قواعد منجزات مریض قرار می‌گیرد. تصرفات منجز در امور واجب، در صورتی که وجوب آن پیش از مرض بر عهده مریض آمده باشد، از موضوع بحث خارج است و به اصل ترکه تعلق می‌گیرد.

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: سنگلجی، محمد؛ *ضوابط و قواعد معاملات و کلیات عقود و ایقاعات* (به ضمیمه *مقاصد اصول و قانون رضاع و وصیت و میراث در اسلام*)؛ ص ۲۸۲ و ۲۸۳.

۲. شیخ محمدحسن نجفی پس از بیان این مطلب که نفوذ تبرعات منجز زاید بر ثلث بین ما (فقهای امامیه) اختلافی است و ذکر نام تعدادی از فقهایی که به استناد برخی از ادله و روایات منعی برای این‌گونه تصرف نمی‌بینند (*جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۶۳) می‌فرمایند: با ←

ورثه مراعات می‌شود، همان‌طور که در وصیت عمل می‌شود و اگر منجزات در اصل ترکه (و زاید بر ثلث) هم نافذ باشد ممکن است افراد مریض از آن سوء استفاده نمایند و زاید بر ثلث را مجانی یا در قبال مال اندکی به‌طور منجز به دیگران انتقال دهند و بدین وسیله در حکم محدودیت وصیت در ثلث ترکه خللی وارد آورند و در صورتی که تردید حاصل شود که منجزات مریض از اصل یا ثلث برداشت می‌شود، اصل، عدم انتقال زاید بر ثلث است؛ علاوه بر این به برخی از روایات در این زمینه استناد کرده‌اند. برخی از فقها به بحث و بررسی مفصلی در خصوص این روایات پرداخته‌اند.[1]

گروه دیگری از فقها تصرفات و تبرعات منجز مریض را، حتی اگر زاید بر ثلث باشد، نافذ و معتبر می‌دانند[2] و به دلایلی چند استناد می‌نمایند: اولاً، حق ورثه نسبت به ترکه با تصرفات منجز مریض پایمال نمی‌گردد، زیرا حصر وصیت به ثلث، حکمت حکم است نه علت آن پس نباید آن را به غیر مورد وصیت تعمیم داد. به همین دلیل اگر مریض در حین مرض خود مال دیگری را تلف کند می‌توان از اصل مال او مثل یا قیمت آن را تأدیه نمود و به تنفیذ ورثه احتیاجی نیست. ثانیاً، سوء استفاده شخص مریض هم نمی‌تواند مخل حکم مزبور باشد؛ نظایر و نمونه‌های دیگری در فقه و حقوق وجود دارد که با تغییر عنوان، حکم نیز تغییر می‌کند، مثلاً در بیع صرف (طلا و نقره) قبض، شرط صحت است و بدون قبض بیع باطل و بلااثر می‌باشد؛ اما اگر فروشنده و خریدار

---

← وجود این، بهتر آن است که تبرعات منجز زاید بر ثلث بدون تنفیذ ورثه نافذ نباشد، همان‌گونه که پاره‌ای از فقها از قبیل فاضل (علامه) شهید اول و شهید ثانی و (محقق) کرکی با این عقیده موافق هستند و همچنین این قول از صدوق و ابی علی (ابن جنید) و شیخ طوسی در مبسوط و سایرین نقل شده است، بلکه این عقیده به تعدادی از متأخرین حتی در *مسالک* به اکثر فقها و همهٔ متأخرین نسبت داده شده است (*همان*؛ ج ۲۶، ص ۶۴).

۱. در اینجا چند نمونه از این روایات را نقل می‌کنیم: ۱) روایت صحیح از یعقوب بن شعیب: «سألت اباعبدالله (ع) الرجل یموت ماله من ماله؟ فقال له ثلث ماله»؛ ۲) خبر سماعه: «سألت اباعبدالله (ع) عن عطیّة الوالد لولده؟ فقال اما اذا کان صحیحاً فهوله یصنع به ماشاء فامافی مرضه فلا یصلح»؛ ۳) صحیح حلبی: «سئل ابو عبدالله (ع) عن الرجل یکون لامرأته علیه الصداق او بعضه فتبرّؤه فی مرضها؟ فقال لا»، (ر.ک.: *همان‌جا*).

۲. یزدی، محمدکاظم؛ *سؤال و جواب*، به اهتمام سیّد مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶، سؤال و جواب ۳۵۴، ص ۲۱۰.

مصالحه کنند، دیگر قبض، شرط صحت نخواهد بود و مانع از میان برداشته می‌شود. مثال دیگر خیار مجلس است که به عقد بیع اختصاص دارد و برای رهایی از آن می‌توان به جای عقد بیع به عقد صلح متوسل گردید. ثالثاً، در پاسخ به ایراد دیگر، یعنی اصل عدم انتقال زاید بر ثلث گفته‌اند: این اصل با اصل تسلیط و سلطه مالکانه مریض معارض است و این اصل حاکم بر اصل عدم می‌باشد.[۱] برخی از روایات نیز تأکید بر این سلطه مالکانه دارند.[۲] برخی از فقها این روایات را موافق عمل اصحاب (امامیه) دانسته‌اند.[۳]

حال ببینیم در حقوق مدنی امروز چه راه حلی را می‌توان پذیرفت. چنان‌که گفتیم، قانون مدنی در این باره ساکت است. بعضی از نویسندگان با توجه به عقیده گروهی از فقها چنین اظهارنظر کرده‌اند که در حقوق موضوعه نیز مرض متصل به موت از اسباب حجر است،[۴] لیکن این نظر قابل ایراد است، زیرا: اولاً، مریض مالک است و هر مالکی حق هر نوع تصرف در اموال خود را دارد، به جز آنچه به موجب قانون منع شده است و در این زمینه منعی در قانون وجود ندارد؛ ثانیاً، حجر یک امر استثنایی است که به نص نیاز دارد و بدون دلیل نمی‌توان شخصی را محجور شناخت و در صورت تردید می‌توان حالت یقینی سابق (اهلیت مریض) را استصحاب نمود؛ ثالثاً، سکوت قانون‌گذار در مقام

---

۱. ر.ک.: *ضوابط و قواعد معاملات و کلیات عقود و ایقاعات*؛ ص ۲۸۵ و ۲۸۶.

۲. مانند روایت «الانسان احقّ بماله مادامت الروح فی بدنه»، یا روایت «الرجل احقّ بماله مادام فیه الروح اذا اوصی به کلّه فهو جایز».

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۶۳.

۳. در مورد تصرفات منجز مریض، اختلاف نظر فقها ناشی از دو گروه روایت متعارضی است که در خصوص مسئله وجود دارد. برخی از فقها ضمن اشاره به این دو گروه روایت این تصرفات را صحیح و معتبر می‌دانند ولو مازاد بر ثلث باشد، و عقیده مخالف را به فقهای عامه نسبت می‌دهند (کتاب *السرائر*؛ ج ۳، ص ۲۰۰ و شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن الحسن بن علی؛ الخلاف؛ ج ۳، کتاب الوصایا، ص ۱۷۹، مسئله ۶۱۲ و *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۲۲).

شیخ محمدحسن نجفی این عقیده را به کلینی، صدوق، شیخ مفید، شیخ طوسی، سیدرضی، سیدمرتضی، قاضی، ابن ادریس، ابن براج، سعید، والابی، اردبیلی، آخوند خراسانی، شیخ حرعاملی، سیدمحمدکاظم طباطبائی و صاحب ریاض (سیدعلی طباطبائی) نسبت می‌دهد (*جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۶۳).

۴. فاطمی، سیدمحمدمهدی؛ حجر در حقوق *مدنی ایران*؛ ص ۳۹.

بیان قرینه‌ای است بر اینکه نمی‌خواسته است مرض متصل به موت را از اسباب حجر تلقی کند؛ رابعاً، همان‌طور که گفتیم برخی از روایات، نیز که مورد عمل قرار گرفته و بعضی از فقهای امامیه نیز بر اساس آنها اظهار نظر کرده و فتوا داده‌اند، حاکی از جواز تصرفات و تبرعات منجز زاید بر ثلث است. بنابراین مرض متصل به موت را نمی‌توان از اسباب حجر در حقوق مدنی به‌شمار آورد.

فصل دوم

# انواع محجورین و حدود حجر آنان

### ۲۰۳. تقسیم مطالب

چنان‌که گفتیم، قانون مدنی محجورین را به سه دسته تقسیم نموده است: صغار، افراد غیر رشید و مجانین (ماده ۱۲۰۷). همان‌طور که در اسباب حجر گفته شد، (ر. ک.: ش ۱۹۹) در فقه اقسام دیگری برای حجر و در نتیجه محجورین ذکر کرده‌اند؛ اما قانون مدنی ایران غیر از سه نوع یاد شده اشخاص دیگری را محجور نشناخته است، زیرا این قانون، در ماده مذکور، در مقام بیان انواع محجورینی است که حجر آنها حمایتی است و این اشخاص از سه دسته مذکور بیرون نیستند. از طرف دیگر ممنوع کردن و محجور شناختن افراد دلیل می‌خواهد؛ بنابراین نمی‌توان غیر از گروههای مذکور در قانون کسان دیگری را محجور دانست. نکته قابل توجه در شناسایی انواع محجورین این است که از دیدگاه قانون مدنی حجر و منع مورد نظر به علت نقص یا فقد اراده و تمیز شخص محجور ایجاد می‌شود و قانون‌گذار افرادی را که به علت صغر سن یا نرسیدن به مرحله رشد یا اختلال قوای عقلی نقصی در اراده دارند یا فاقد اراده‌اند حمایت، و ممنوع از تصرف و محجور کرده است؛ بنابراین، قواعد پراکنده‌ای که در قانون مدنی یا قانون تجارت وجود دارد که به عللی به‌جز فقدان یا نقص اراده، شخص را از تصرف در اموال و حقوق مالی خود منع می‌کند، اگرچه نوعی ممنوعیت در تمامی آن موارد دیده می‌شود، نباید حجر به معنی مصطلح تلقی شود؛ برای مثال منع راهن از تصرفات مضر به حال مرتهن (ماده ۷۹۳ ق. م.) یا منع وصیت به زیاده بر ثلث (ماده ۸۴۳ ق. م.)

حجر به معنی اصطلاحی نیست، زیرا این منع به لحاظ نقص در مالکیت است نه فقدان یا نقص اراده شخص.

با توجه به نکات مذکور در این فصل سه مبحث خواهیم داشت که به ترتیب در مبحث اول صغیر و حدود حجر او، در مبحث دوم غیر رشید و حدود حجر او، و در مبحث سوم مجنون و حدود حجر او را بررسی خواهیم کرد.

## مبحث اول: صغیر و حدود حجر او

### ۲۰۴. کلیات

به کسی صغیر گفته می‌شود که نابالغ باشد؛ به عبارت دیگر وصف صغر در برابر کبر که صفت شخص بالغ است قرار می‌گیرد. همچنین می‌توان کلمه صغر را در برابر بلوغ که صفت شخص بالغ است، به کار برد. در زبان عامیانه و نوشته‌های غیرحقوقی به صغیر، کودک، خردسال، طفل و بچه می‌گویند. یکی از مباحث مهم حقوق مدنی در باب اشخاص و محجورین مبحث صغار است. وانگهی یکی از اساسی‌ترین و زیباترین مراحل زندگی هر شخصی دوران کودکی و خردسالی اوست.

مسائل دوران کودکی در شاخه‌های مختلف علوم انسانی به فراخور طبع هر علمی مورد بررسی قرار گرفته و دانشمندان رشته‌های مختلف گوشه‌هایی از زندگی دوران خردسالی را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده‌اند. متخصصان علوم تربیتی و روان‌شناسی هریک ابعاد گوناگونی از این زندگی را بررسی کرده‌اند. اگرچه مسائل مورد بررسی هریک به نوبه خود در زندگی کودک مهم و باارزش و قابل مطالعه و امعان نظر است، در علم حقوق فقط چهره‌های خاصی از زندگی صغار مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد. اعمال حقوقی و مسئولیت مدنی از اهم این مباحث به‌شمار می‌آیند که در اینجا باید بررسی شوند؛ بنابراین در این مبحث مفهوم صغیر (بند اول)، اعمال حقوقی صغیر (بند دوم) و مسئولیت مدنی صغیر (بند سوم) را به ترتیب مطرح می‌نماییم.

### بند اول: مفهوم صغیر

#### ۲۰۵. معنی لغوی و اصطلاحی صغیر

صغیر در لغت به معنی کوچک و خرد است[۱] و در اصطلاح فقهی و حقوقی به کسی اطلاق می‌شود که به سن بلوغ نرسیده و کبیر نشده است.[۲] قبل از اصلاح قانون مدنی، به سال ۱۳۶۱، در حقوق مدنی، صغیر به کسی گفته می‌شد که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده بود؛ ولی با حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ (ر. ک.: ش ۲۱۲) و در نتیجه، لغو ۱۸ سال به عنوان سن کبر، امروزه مفهوم صغیر در فقه و حقوق مدنی یکسان است و هرکس که به سن بلوغ نرسیده باشد صغیر به شمار می‌آید.

بعضی از استادان حقوق گفته‌اند «در اصطلاح حقوقی صغیر به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمانی و روحی لازم برای زندگانی اجتماعی نرسیده باشد».[۳] این تعریف دقیق و خالی از ابهام نیست، زیرا معلوم نیست که نمو جسمانی و روحی لازم برای زندگانی اجتماعی در چه زمانی حاصل می‌شود. البته قبل از اصلاح قانون مدنی، قانون‌گذار سن ۱۸ سال را به عنوان اماره رشد و نمو جسمی و روحی تعیین کرده بود و با در نظر گرفتن اماره مزبور، تعریف یاد شده هم بی‌اشکال می‌نمود، لیکن امروزه آن تعریف قابل ایراد است، به‌ویژه از آن جهت که اشاره به سن بلوغ، که مفهوم حقوقی ویژه‌ای دارد، نکرده است. به‌علاوه نمو روحی لازم برای زندگانی اجتماعی چه بسا با رسیدن به سن بلوغ حاصل نمی‌شود بلکه مستلزم رشد است که مفهوم آن با بلوغ تفاوت دارد (ر. ک.: ش ۲۱۱ به بعد)؛ بنابراین، در حقوق امروز، ممکن است کسی با رسیدن به سن بلوغ دوره صغر را پشت سر گذارده باشد و دیگر صغیر به شمار نیاید، ولی رشد و توانایی روحی برای اداره امور خود را نداشته باشد.

با توجه به این مقدمه، مفهوم بلوغ و رشد را باید مورد بحث قرار دهیم، لیکن شایسته است قبلاً به اقسام صغیر اشاره‌ای داشته باشیم.

---

۱. *المنجد* و فرهنگ معین؛ ذیل واژه «صغیر».

۲. از روز تولد تا روز بلوغ انسان صبی و صغیر نامیده می‌شود و صغر صفت کسی است که نیروی انسانی او کامل نگشته است (ابن عابدین؛ ردالمحتار؛ به نقل از: *دررالحکام*؛ ج ۹، ص ۵۸۴).

۳. امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۵، ص ۲۴۳.

**الف) اقسام صغیر**

**۲۰۶. صغیر غیر ممیز و صغیر ممیز**

صغیر ممکن است غیر ممیز یا ممیز باشد. صغیر غیر ممیز شخص نابالغی است که دارای قوه درک و تمیز نیست، زشت را از زیبا و سود را از زیان تشخیص نمی‌دهد و نمی‌تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد.

لیکن صغیر ممیز صغیری است که دارای قوه درک و تمیز نسبی است، با اینکه به سن بلوغ نرسیده، زشت را از زیبا و سود را از زیان باز می‌شناسد و می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد. ماده ۹۴۳ *المجله*، صغیر غیرممیز را چنین تعریف می‌کند «صغیر غیرممیز کسی است که فروش و خرید را نمی‌فهمد، یعنی نمی‌داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش آشکار، مانند غبن به میزان پنج دهم، و غبن کم فرق نمی‌گذارد؛ و به کسی که بین اینها فرق می‌گذارد صغیر ممیز گفته می‌شود».[1]

در فقه امامیه بعضی سن ۷ سالگی را برای تمیز ذکر کرده‌اند، زیرا پیغمبر اکرم (ص) فرموده است «فرزندانتان را در ۷ سالگی به نماز عادت دهید».[2] برخی به استناد حدیثی دیگر ۶ سال را سن تمیز تلقی کرده‌اند. در حقوق برخی از کشورها نیز سن تمیز معین شده است، ولی در حقوق مدنی ایران و پاره‌ای از کشورها تمیز، سن خاصی ندارد و در صورت بروز اختلاف، دربارهٔ ممیز یا غیر ممیز بودن صغیر، تشخیص آن با دادرس است که باید با توجه به اوضاع و احوال و خصوصیات مورد

---

۱. برخی از شارحان این ماده گفته‌اند این عبارت که صغیر ممیز بین غبن فاحش و غبن کم فرق می‌گذارد کنایه از این است که کودک عاقل باشد و در چیزهایی که قیمت آنها معروف است این تفاوت و تمایز را بداند وگرنه گاهی عاقل‌ترین مردم هم فریب می‌خورند (*دررالحکّام*؛ ج ۹، ص ۵۸۴).

۲. مروا اولادکم بالصّلوة و هم ابناء سبع (*الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ المدخل الفقهی العام، ج ۱، ص ۵۹).

در روایت صحیحه بزنطی از امام رضا (ع) نقل شده است: یؤخذالغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنین (*الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*؛ ج ۲۰، ص ۳۴۵).

و دلایل و قراین و امارات موجود در این باره تصمیم بگیرد.

در حقوق فرانسه، مانند ایران تشخیص تمیز، با دادگاه است؛ اما سن تمیز در حقوق مصر، سوریه و عراق به موجب قانون، ۷ سال تمام و در حقوق مراکش ۱۲ سال و در حقوق تونس ۱۳ سال است. به نظر می‌رسد که سن ۱۲ یا ۱۳ سال برای تمیز خیلی بالاست و با واقعیتهای موجود وفق نمی‌دهد و نیز از آنجا که تشخیص این امر در اعمال حقوقی صغیر مؤثر است (ر.ک.: ش ۲۱۷ به بعد) تعیین این سن با مصلحت صغیر و جامعه سازگار نیست.

**۲۰۷. تردید در وصف تمیز**

هرگاه در ممیز یا غیرممیز بودن صغیر اختلاف شود، آیا اصل، غیر ممیز بودن یا ممیز بودن اوست؟ بدیهی است بر طبق قواعد ادله اثبات دعوی تشخیص این امر واجد اهمیت است، زیرا طرفی که سخنش موافق اصل است به دلیل نیازی ندارد و طرفی که ادعایش برخلاف اصل می‌باشد باید دلیل بیاورد.[1]

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت از آنجا که حالت عدم تمیز در صغیر مقدم بر تمیز است، یعنی صغیر نخست غیرممیز است و بعد وصف تمیز را به‌دست می‌آورد، در صورت شک در حدوث تمیز، حکم به بقای حالت سابق می‌نماییم[2] و به دیگر سخن، صفت عدم تمیز را استصحاب می‌کنیم؛ بنابراین کسی که ادعای عدم تمیز می‌کند و بدین سبب معامله صغیر را باطل می‌داند، از آنجا که ادعایش موافق اصل است، نیاز به اقامه دلیل ندارد، بلکه طرف دیگر که صغیر را ممیز و دارای اراده حقوقی می‌داند باید ادعای خود را با دلیل ثابت کند.

---

۱. المدعی من یدعی خلاف الاصل اوالظاهر؛ البینة علی المدعی و الیمین علی من انکر.

۲. منظور استصحاب عدمی (اصل عدم حدوث حادث) است.

برای مطالعه درباره اعتبار استصحاب عدمی رجوع کنید به: *فرائدالاصول* (*رسائل*)؛ ج ۲، ص ۵۴۹ تا ۵۵۲؛ این فقیه بزرگ بین استصحاب وجودی و عدمی تفاوتی قائل نیست (*همان*؛ ص ۵۵۲).

**۲۰۸. رشید شناختن صغیر**

قبل از اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۶۱، بر طبق ماده ۱۲۰۹ پیشین آن قانون، ممکن بود رشد صَغیر قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام در دادگاه احراز و صغیر از حجر خارج گردد و در انجام دادن اعمال حقوقی و اداره امور خود استقلال پیدا کند. البته برابر همان ماده رشید شناختن صغیر منوط به این بود که به سن ۱۵ سال تمام رسیده باشد، اما با حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ ق. م. و از بین رفتن سن ۱۸ سال به عنوان سن کبر، رشید شناختن صغیر در حقوق کنونی ایران وجود ندارد؛ به عبارت روشن‌تر، کسی را که به سن بلوغ نرسیده است نمی‌توان رشید شناخت و از حجر خارج کرد. حتی بعد از رسیدن به سن بلوغ، خروج از حجر منوط به احراز رشد است (ر. ک. به: ش ۲۱۱). بدیهی است که اگر سن کبر ۱۸ سال باشد شایسته است برای رفع حجر از صغیر قبل از رسیدن به این سن تدبیری بیندیشند،[۱] لیکن هنگامی که سن کبر به ۱۵ سال برای پسر و ۹ سال برای دختر تقلیل می‌یابد، که خود جای بحث دارد (ر. ک.: ش ۲۱۰)، دیگر رشید شناختن صغیر قبل از رسیدن به این سن نمی‌تواند دلیل موجهی داشته باشد.[۲]

به هر حال، در حقوق برخی از کشورها که در آنها سن کبر ۱۸ یا ۲۰ یا ۲۱ سال است[۳] رشید شناختن صغیر قبل از رسیدن به این سن با شرایطی پذیرفته شده است، برای مثال در فرانسه صغیر پس از رسیدن به سن ۱۶ سال تمام، در سویس و

---

۱. برای مطالعه سابقه مقررات در حقوق ایران و تدابیری که قانون‌گذار پیشین نسبت به این مسئله اندیشیده بود رجوع کنید به: امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۴۶ تا ۲۴۸.

۲. ممکن است قبل از بلوغ، تمیز و رشد صغیر ثابت شود از نظر اصول حقوقی، اگرچه چنین شخصی دارای اراده است و می‌تواند اعمال حقوقی را انجام بدهد، قانون‌گذار این اراده را معتبر نمی‌داند (ماده ۲۱۲ و ۱۲۱۲ ق. م.) در فقه نیز برخی از فقیهان اعمال این اشخاص را، حتی اگر با اذن ولی باشد، باطل و بلااثر می‌دانند (*تحریر الوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۲، مسئله ۱).

۳. سن کبر در مصر، سوریه و عراق ۱۸ سال، تونس ۲۰ سال، مراکش ۲۱ سال و فرانسه ۱۸ سال است (Safai,H.; *La protection des incapables*, p. 34).

مصر و الجزایر پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام، در عراق و مراکش پس از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام، ممکن است به حکم دادگاه رشید شناخته شود.

### ب) بلوغ

### ۲۰۹. بلوغ در فقه و قانون مدنی

بلوغ در لغت به معنی رسیدن است[۱] و ابلاغ هم از همین ریشه و به معنی رساندن است. کسی که به مرحله بلوغ رسیده بالغ نامیده می‌شود. بالغ کسی است که دوره صغر (کودکی) را پشت سر گذاشته و قوای جسمی و غریزه جنسی او نمو کافی یافته و آماده توالد و تناسل است.

فقیهان اسلام نشانه‌هایی برای بلوغ ذکر کرده‌اند که برخی از آنها طبیعی و فیزیولوژیکی و برخی دیگر شرعی و قانونی است. نشانه‌های طبیعی بلوغ در فقه عامه عبارت‌اند از: روییدن موهای خشن بر پشت آلت تناسلی،[۲] بیرون آمدن منی از مخرج معتاد (احتلام)، قاعدگی (حیض) و بارداری (حمل). در فقه امامیه قاعدگی (حیض) و بارداری (حمل) از علائم بلوغ به شمار نیامده، ولی کاشف از بلوغی است که قبلاً حاصل شده است؛[۳] اما فقیهان عامه این دو را نیز از نشانه‌های بلوغ دانسته‌اند.[۴] به‌علاوه بعضی از آنان نشانه‌های دیگری برای بلوغ ذکر کرده‌اند که

---

۱. *المنجد*.

۲. علاوه بر امامیه مالکیان و شافعیان و حنبلیان هم آن را نشانه بلوغ دانسته‌اند؛ اما حنفیان می‌گویند این موها مانند سایر موهای بدن است و نشانه بلوغ نیست (*الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۳۰۰).

۳. *تحریرالمجلة*؛ ج ۳، ص ۱۶۶ و *شرائع الاسلام*؛ ج ۲، ص ۹۹ و *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۴۲.

برخی اعتقاد دارند که موهای پشت آلت تناسلی نشانه بلوغ پسران است و به دختران ارتباطی ندارد، اما حیض (قاعدگی) از علائم خارجی بلوغ است (« بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، مجله حوزه؛ کتاب اول، ص ۲۸۸).

۴. *الفقه علی المذاهب الاربعة*؛ ج ۲، ص ۳۵۰ و ۳۵۱.

مورد توجه فقیهان امامیه قرار نگرفته است.[۱]

نشانه شرعی و قانونی بلوغ رسیدن به سن معینی است که می‌توان آن را اماره بلوغ دانست. در واقع شارع اسلام با رسیدن صغیر به سن معین و بر اساس غلبه فرض می‌کند که در آن سن قوای جسمی و طبیعی صغیر به اندازه کافی تکامل یافته است و از این رو او را بالغ به شمار می‌آورد و احکام بالغ را بر چنین شخصی بار می‌نماید. این نشانه از لحاظ سهولت اثبات بر نشانه‌های طبیعی برتری دارد، اما در سن بلوغ بین فقیهان اختلاف نظر شدید دیده می‌شود. اکثر فقیهان امامیه، به استناد پاره‌ای از روایات، سن بلوغ را در پسر ۱۵ سال و در دختر ۹ سال تمام قمری می‌دانند.[۲] برخی از روایات معتبر دلالت دارند که سن بلوغ در پسر و دختر ۱۳ سال تمام قمری است و برخی از معاصرین به استناد آنها فتوا داده‌اند.[۳] قولی هم وجود دارد که برطبق آن سن بلوغ در دختر ۱۰ سال است.[۴] در روایات دیگری نیز آمده است که پسر هرگاه به سن ۱۰ سال برسد و آگاه (بصیر) باشد می‌تواند وصیت کند.[۵] در فقه عامه نیز در مورد سن بلوغ اتفاق نظر دیده نمی‌شود. شافعیان و حنبلیان سن بلوغ را در دختر و پسر ۱۵ سال تمام (قمری) می‌دانند.[۶] مالکیان ۱۷ سال[۷] و خود مالک ۱۵ سال در دختر و پسر، حنفیان ۱۸ سال در پسر و ۱۷ سال در دختر،[۸] اما

---

۱. برای مثال مالکیها علاوه بر خروج منی از مخرج معتاد، در حال خواب و بیداری، روییدن موهای خشن بر پشت آلت تناسلی و حیض و حمل و بدبو شدن زیر بغل و کلفتی صدا و ... را نیز از نشانه‌های بلوغ ذکر کرده‌اند (*همان‌جا*).

۲. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۳ و *شرائع‌الاسلام*؛ ج ۲، ص ۱۰۰ و *الخلاف*؛ ج ۳، کتاب الحجر، ص ۷۲، مسئله ۲ و *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۱۶ و ۳۸ و *ایضاح الفوائد*؛ ص ۵۱.

۳. ر. ک.: «بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، *مجله حوزه*؛ ص ۲۵۳ و ۲۶۳ به بعد.

۴. این قول منسوب است به شیخ طوسی و ابن حمزه (*همان‌جا*).

۵. *شرائع الاسلام*؛ ج ۲، ص ۱۰۰. چاپ ۴ جلدی، ص ۳۵۱.

۶. *الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۳۰۰.

۷. *همان‌جا* و *الخلاف*؛ ج ۳، کتاب الحجر، ص ۷۲، مسئله ۲.

۸. ابن قدامه؛ *المغنی*؛ ج ۴، باب حجر، نقل از: *الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۳۰۰.

خود ابوحنیفه ۱۷ سال در دختر و به استناد روایتی ۱۸ سال در پسر و به استناد روایت دیگر ۱۹ سال را متذکر شده است.[1] از حنفیان نقل شده است که پایین‌ترین حد بلوغ ۱۲ سال در پسر و ۹ سال در دختر است.[2]

قانون مدنی به پیروی از قول مشهور فقیهان امامیه در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی ق. م. چنین مقرر داشته است «سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است»، (الحاقی ۶۱/۱۰/۸).

**۲۱۰. بحث انتقادی از سن بلوغ**

یکی از حساس‌ترین و مهم‌ترین مراحل زندگی هر انسانی مرحله بلوغ اوست؛ زیرا این مرحله که خود یکی از مراحل تکامل طبیعی خلقت انسان و یکی از اسرارآمیزترین و اعجاب‌انگیزترین نشانه‌ها و رموز خلقت می‌باشد، حد تکلیف است. آدمی به دلیل تحول و تکامل عظیمی که در ساختمان وجودی او رخ می‌دهد، در این سن مهیای توالد و تناسل می‌شود و شایستگی مکلف شدن به احکام تکلیفی و صلاحیت انجام دادن پاره‌ای از اعمال حقوقی را تحصیل می‌کند؛ بنابراین، شناسایی این مرحله و معرفی آن حائز کمال اهمیت است. به همین سبب تا کنون درباره این موضوع مطالعات و تحقیقات قابل توجهی صورت گرفته و به‌ویژه به دنبال اصلاحات و تغییرات قانون مدنی (حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰) که به حذف ضابطه ۱۸ سال به عنوان سن کبر منجر گردید، فقیهان و استادان حقوق در مقالات و نوشته‌هایی مقررات جدید و منابع فقهی آن را مورد نقد و بررسی قرار داده و نظرهای مختلفی را درباره سن بلوغ ارائه داده‌اند.

---

۱. الخلاف؛ ص ۷۲.

به گفته برخی از نویسندگان: ابوحنیفه سن بلوغ را در مذکر ۱۸ سال و در مؤنث ۱۷ سال می‌داند و از ابن عباس چنین نقل شده است؛ لیکن غالب پیشوایان عامه و پیروان ابوحنیفه و همچنین قانون مدنی عثمانی سابق (*المجلة*) سن بلوغ را در دختر و پسر ۱۵ سال می‌دانند (*الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ش ۴۴۶، ص ۷۷۹).

۲. ابن عابدین؛ *رد المحتار*؛ ج ۵، باب الحجر، ص ۱۰۰، نقل از: *الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۳۰۰ و مغنیه، محمد جواد؛ *الاحوال الشخصیة علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۱۶.

در اینجا به‌طور خلاصه نتایج حاصل از مطالعات و بررسیهای انجام شده در خصوص موضوع را ذکر می‌کنیم:

اولاً، بلوغ یک امر طبیعی و فیزیولوژیکی است که در فقه نشانه‌هایی برای آن ذکر شده است (ر.ک.: ش ۲۰۹). در صورت بروز اختلاف می‌توان طبق نظر کارشناس به شناسایی و اثبات بلوغ اقدام کرد. از نشانه‌های بلوغ که در فقه ذکر شده برخی طبیعی است (مانند احتلام و روییدن موی خشن بر پشت آلت تناسلی) و برخی جعلی و قانونی است (سن معین).

قانون مدنی از نشانه‌های بلوغ فقط به سن معین اشاره کرده و در مورد سایر نشانه‌ها سکوت نموده است. با وجود این، شک نیست که سایر نشانه‌های مذکور در فقه امامیه را در حقوق امروز نیز باید به عنوان علامت و دلیل بلوغ پذیرفت. در مورد سن بلوغ، در واقع قانون‌گذار سن معین را اماره بلوغ قرار داده و رسیدن به آن سن را دلیل بر بلوغ تلقی می‌نماید، هر چند که هیچ یک از نشانه‌های طبیعی بلوغ ظاهر نشده باشد. از آنجا که تعیین سن معین به عنوان اماره بلوغ می‌تواند از پاره‌ای اختلافات جلوگیری کند و اثبات آن نسبتاً آسان است، این دلیل بر سایر نشانه‌ها برتری دارد و می‌توان آن را مهم‌ترین نشانه بلوغ به‌شمار آورد.

ثانیاً، منظور از بلوغ، بلوغ جنسی است، یعنی وقتی که صغیر آمادگی توالد و تناسل پیدا می‌کند، بالغ می‌شود.[۱]

ممکن است افراد بالغ غیر رشید و مجنون نیز از نظر قانون آمادگی ازدواج را داشته باشند، هر چند که محجورند و امور مالی آنان را ولیّ یا قیم اداره می‌کند.

ثالثاً، در قرآن کریم سن بلوغ معین نشده[۲] و از پیامبر اکرم (ص) حدیثی در سن بلوغ نقل نشده و حتی تا زمان امام باقر (ع) نیز روایتی درباره سن بلوغ در کتب روایی نیامده است.[۳]

---

۱. مرعشی، محمدحسن؛ *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*؛ ص ۱۳.

۲. «بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، *مجله حوزه*؛ ص ۲۷۶.

در قرآن کریم از واژه‌هایی چون بلوغ حُلُمْ (نور، ۵۸ و ۵۹)، بلوغ نکاح (نساء، ۶) و بلوغ اشد (انعام، ۲۲؛ اسراء، ۳۴؛ حج، ۵؛ قصص، ۱۳؛ مؤمن، ۶۷؛ احقاف، ۱۵) یاد شده است.

۳. «بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، *مجله حوزه*؛ ص ۲۷۶.

رابعاً، چنان‌که گفتیم، (ر. ک.: ش ۲۰۹)، فقهای امامیه و عامه در سن بلوغ اختلاف نظر دارند و اختلاف آنها ناشی از روایات متعدد و مختلفی است که در این باره وجود دارد. مشهور فقهای امامیه بر اساس روایاتی فتوا داده‌اند که سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است؛ اما به عقیده برخی از فقهای معاصر «فقیهان شیعه هر چند به روایت ۹ سال عمل کرده‌اند، اما نمی‌توان در این چنین مسائل از آنان تبعیت کرد، بلکه نمی‌توان به این روایات عمل نمود»؛[۱] زیرا با روایات دیگر هماهنگ نمی‌باشند و با روایات معتبری که در دلالت و سند آنها هیچ ایرادی نیست (احادیث دال بر ۱۳ سال) تعارض دارند[۲] و با ملاکی که در قرآن برای بلوغ ذکر شده، یعنی رسیدن به حد احتلام یا بلوغ نکاح، سازگار نمی‌باشند؛[۳] بنابراین «۹ سال نه اماره طبیعی غالبی بلوغ است و نه اماره تعبدی شرعی؛ زیرا دختران، به‌طور غالب، از دوازده سال به بعد به بلوغ طبیعی می‌رسند».[۴]

خامساً، با درنظر گرفتن مطالب مذکور و با توجه به سوابق فقهی و حقوقی مسئله می‌توان گفت سن ۹ سال به عنوان اماره بلوغ برای دختر که در قانون مدنی دیده می‌شود سن مناسبی نیست و با شرایط طبیعی، اقلیمی و اجتماعی ایران وفق نمی‌دهد. در وضع فعلی، دختری که به سن ۹ سال تمام قمری رسیده است، از نظر قانونی بالغ محسوب می‌شود و به همین جهت در امور غیر مالی از حجر خارج می‌شود و استقلال و آزادی پیدا می‌کند و حتی می‌تواند با اذن ولیّ یا قیم ازدواج کند، در حالی که واقعاً آمادگی جسمی و روانی برای استقلال در این‌گونه امور یا ازدواج را ندارد. در این اوضاع و احوال، بزرگ‌ترین خطر برای نوجوانان ازدواجهای زودرس است که مشکلات فراوانی پدید می‌آورد. ازدواجهایی که در سنین پایین و یا حتی قبل از بلوغ طبیعی کودکان

---

۱. *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*؛ ص ۱۴.

روایاتی که ۹ سال در آنها ذکر شده دلالت بر حکم خاصی دارند و نمی‌توان از آنها در همه تکالیف استفاده نمود («بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، *مجله حوزه*؛ ص ۲۸۷).

۲. «بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، *مجله حوزه*؛ ص ۲۸۳ و ۲۸۴.

۳. *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*؛ ص ۱۴.

۴. «بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، *مجله حوزه*؛ ص ۲۶۷.

و نوجوانان واقع می‌شود، در حالی که نه شرایط جسمی و فیزیکی و روحی مناسب دارند و نه تجربه کافی برای اداره خانواده، اغلب با اختلافات و مشکلات جدی مواجه می‌گردد و چه بسا ناراحتیهای جسمی و روانی و جدایی به بار می‌آورد و گاهی به خودکشی منتهی می‌شود. فرزندان ناشی از این ازدواجها هم اغلب نارساییها و کمبودهای جسمی و روانی و تربیتی دارند که این خود بر آمار بزهکاریها و تخلفات در آینده می‌افزاید.[1]

بنابراین تعیین سن مناسب برای بلوغ از مهم‌ترین مسائلی است که برای قانون‌گذار مطرح است، تعیین سن مناسب، که باید با توجه به شرایط طبیعی، اقلیمی و اجتماعی صورت گیرد، برخی از مشکلات را از میان برمی‌دارد و مانع بروز پاره‌ای از اختلافات و گرفتاریها می‌شود.

از آنجا که سن ۹ سال برای دختران سن مناسبی نیست و حتی درباره پسران نیز سن ۱۵ سال پایین است و این سن یک حکم تعبدی شرعی هم محسوب نمی‌شود، تا قبول آن اجتناب‌ناپذیر باشد، اصلاح قانون مدنی در این خصوص لازم می‌نماید. در مورد ازدواج که اهمیت عملی بیشتری دارد، شاید سن ۱۵ سال برای دختر و ۱۸ سال برای پسر که ماده ۱۰۴۱ پیشین قانون مدنی به عنوان قابلیت صحی برای نکاح ذکر کرده بود، سن مناسبی باشد. در ضمن شایسته است به شخصی که به این سن نرسیده است اجازه داده شود بلوغ خود را در دادگاه ثابت کند، چنان‌که در ماده ۱۰۴۱ سابق معافیت از شرط سن برای ازدواج پیش‌بینی شده بود، ولی این معافیت فقط به دختر یا پسری داده می‌شد که به سن ۱۳ یا ۱۵ سال تمام رسیده بود.

قابل ذکر است که قانون اصلاح مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی که در تاریخ ۷۹/۹/۲۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی و در ۸۱/۴/۱ با اصلاحاتی به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است بی‌آنکه سن بلوغ را تغییر دهد، ازدواج دختر زیر ۱۳ سال و پسر زیر ۱۵ سال را به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت مولی‌علیه با تشخیص دادگاه موکول کرده است و بدین‌سان، برای این‌گونه ازدواجها محدودیتی ایجاد کرده است که قابل تأیید است.

قاعدهٔ جدید در این مصوبهٔ اصلاحی آن است که تشخیص رعایت مصلحت از

---

۱. ر.ک.: *حقوق خانواده*؛ ج ۱، ش ۵۸.

جانب ولی در ازدواج دختری که به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسری که به سن ۱۵ سال تمام شمسی نرسیده، به دادگاه واگذار شده؛ در حالی که پیش‌تر تشخیص این امر بر عهدهٔ ولی بوده و رجوع به دادگاه و تحصیل اجازهٔ ازدواج الزامی نبوده است. بدیهی است که مداخلهٔ دادگاه در این زمینه می‌تواند از ازدواجهای نامناسب در خردسالی جلوگیری کند.[۱]

### ج) رشد

#### ۲۱۱. تعریف رشد

برای خروج صغیر از حجر، رسیدن به سن بلوغ کافی نیست، بلکه رشد نیز شرط است. در فقه امامیه در این مسئله اختلافی نیست.[۲] صاحب *جواهر* در این زمینه می‌گوید «اما صغیر تا زمانی که دو صفت بلوغ و رشد برای او حاصل نشده محجور است و در آن اختلافی نیافته‌ام، بلکه اجماع به هر دو گونه‌اش (منقول و محصّل) بر آن است، بلکه کتاب و سنت هم بر آن دلالت دارند».[۳]

مقصود از رشد این است که شخص توانایی اداره اموالش را به نحو عقلایی داشته باشد. برخی از فقیهان در تعریف آن گفته‌اند: رشد یک ملکه نفسانی است که مقتضی اصلاح مال و مانع افساد آن است،[۴] یعنی وجود چنین

---

۱. متن مادهٔ ۱۰۴۱ اصلاحی ق. م. به شرح ذیل است:
«عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» (*روزنامهٔ رسمی*، ش ۱۶۷۱۳ مورّخ ۸۱/۴/۲۶).

۲. *شرائع‌الاسلام*؛ ج ۲، ص ۹۹ و ۱۰۰ و *شرح لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶ و *الخلاف*؛ ج ۲، ص ۷۳، مسئله ۴ و ۵.

۳. اما الصغیر محجورعلیه مالم یحصل له وصفان: البلوغ و الرشد، بلاخلاف اجده فیه، بل الاجماع بقسیمه علیه، بل الکتاب والسّنة دالّان علیه ایضا (*جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۴).
(الوصف الثانی) الذی یتوقّف علیه رفع الحجر، (الرشد) فی المال بلاخلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه، بل الکتاب والسنة دالّان علیه ایضاً (*همان*؛ ج ۲۶، ص ۴۸).
همچنین رجوع کنید به: طباطبائی حکیم، سید محسن؛ *منهاج الصالحین*؛ ج ۲، ص ۱۲۵.

۴. *شرح لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶.

صفتی در شخص موجب بهره‌برداری درست از مال و مانع صرف مال در راههای غیر عقلایی می‌گردد.

ملکه به صفت راسخ (ثابت) در نفس گفته می‌شود که حالت دائمی دارد و اتفاقی و زودگذر نیست. برای مثال هرگاه شخصی برحسب اتفاق یک یا چند بار کار عقلایی از خود نشان بدهد و آنگاه به کارهای غیر عقلایی بپردازد رشید محسوب نمی‌شود، بلکه کارهای عقلایی باید چندان تکرار شود تا به صورت عادت و ملکه درآید.

از قید اصلاح مال که در تعریف آمده است چنین برمی‌آید که اگر شخصی مال خود را از بین نبرد، ولی نسبت به اصلاح و بهره‌برداری عقلایی از آن تمایل نشان ندهد، رشید شناخته نمی‌شود.

بعضی از فقیهان در تحقق رشد، عدالت را نیز شرط دانسته‌اند،[1] ولی بیشترِ آنها عدالت را شرط نمی‌دانند، زیرا در مفهوم عرفی رشد، عدالت[2] تأثیری ندارد و از نظر شرعی هم دلیل کافی بر این امر نیست. به‌علاوه کفر از اسباب حجر به شمار نیامده و مانع خروج از حجر هم نمی‌باشد، پس هرگاه شخص فاسقی توانایی اداره اموال و امور خود را داشته باشد به طریق اولی نباید محجور باقی بماند. به هر حال قول مشهور فقیهان امامیه بر این است که عدالت شرط تحقق رشد نیست و در این باره به کتاب[3] و سنت[4] نیز استناد شده است. مخالفان نیز دلایلی دارند که چندان قوی نیست و از سوی فقیهان بزرگ سخت مورد انتقاد قرار گرفته و رد شده است.[5]

---

۱. *الخلاف*؛ ج ۲، ص ۷۴، مسئله ۸ و شرح *لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶.

۲. فاذا تحققت الملکة المذکورة (رشد) مع‌البلوغ ارتفع عنه الحجر وان کان فاسقاً علی المشهور لاطلاق الامر بدفع اموال الیتامی الیهم بایناس الرشد من غیر اعتبار امر آخر معه والمفهوم من الرشد عرفاً هو اصلاح المال علی الوجه المذکور و ان کان فاسقا و قیل یعتبر العدالة (شرح *لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶).

۳. «وابتلوا الیتامیٰ حتی إِذا بلغوا النکاحَ فانْ انستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالَهم ...»، نساء، ۶.

۴. ر.ک.: *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۵۰ و ۵۱.

۵. *همان‌جا*.

**۲۱۲. تحول قانون مدنی**

قبل از اینکه قانون مدنی به سال ۱۳۶۱ اصلاح شود، قانون‌گذار به موجب مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰[۱] قانون یاد شده مصوب ۱۳۱۴، سن ۱۸ سال تمام شمسی را برای اهلیت تصرف (استیفا) و خروج از حجر تعیین کرده بود. در واقع نویسندگان قانون مدنی سن ۱۸ سال را به عنوان اماره رشد در نظر گرفته بودند، اما این اماره تغییرپذیر بود، بدین معنی که هم رشد شخص، پس از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و قبل از ۱۸ سالگی، قابل اثبات بود و هم عدم رشد او بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام؛ به دیگر سخن، قانون با توجه به عرف و عادت و مصلحت جامعه شخصی را که به سن ۱۸ سال تمام رسیده بود رشید فرض می‌کرد و در معاملات و اعمال حقوقی به او آزادی و استقلال می‌داد، مگر اینکه عدم رشد یا جنون او در دادگاه ثابت می‌شد. همچنین به فردی که به سن ۱۵ سال تمام شمسی رسیده بود اجازه می‌داد که با اثبات رشد خود در محکمه از حجر خارج گردد. نظر کلی حقوقدانان و فقیهانی که دست‌اندرکار مسائل قضایی و قانون‌گذاری بودند این بود که مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ ق. م. با فقه امامیه مباینتی ندارد، چه مواد مزبور سن بلوغ شرعی را تغییر نداده و فقط در راه مصلحت جامعه و بر اساس غلبه، اماره‌ای برای رشد که یکی از شرایط خروج از حجر در فقه اسلامی است تعیین کرده بود.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی، ضمن اصلاحاتی که به سال ۱۳۶۱، در قانون مدنی انجام داد ـ و به منظور انطباق کامل آن با فقه امامیه ـ ماده ۱۲۰۹ ق. م. را حذف و ماده ۱۲۱۰ را به شکل قابل انتقادی اصلاح کرد. اصلاح مزبور، به‌طور آزمایشی برای مدت ۵ سال

---

۱. ماده ۱۲۰۹ پیشین قانون مدنی «هرکس که دارای ۱۸ سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است، مع‌ذلک در صورتی که بعد از ۱۵ سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می‌شود» و ماده ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به ۱۸ سال تمام به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

لازم‌الاجرا بود، تا سرانجام اصلاحات کمیسیون، با پاره‌ای تغییرات، به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

برابر این قانون، مجلس شورای اسلامی به عمل کمیسیون امور قضایی در ارتباط با دو ماده مذکور صحّه گذاشت، یعنی ماده ۱۲۰۹ را حذف نمود و ماده ۱۲۱۰ اصلاحی سال ۱۳۶۱ را عیناً تأیید کرد، هر چند که مورد بحث و انتقاد شدید حقوقدانان و صاحب‌نظران بود.[1] متن ماده اصلاحی به این شرح است:

«هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.

تبصره ۱. سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است.

تبصره ۲. اموال صغیری را که بالغ شده است، در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد».

**۲۱۳. بررسی و نقد ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی**

ماده ۱۲۱۰ اصلاحی یک عبارت اصلی و دو تبصره دارد. ظاهر عبارت اصلی ماده مفید این معنی است که انسان با رسیدن به سن بلوغ شرعی از حجر خارج شده، در معاملات و اعمال حقوقی خود استقلال پیدا می‌کند، مگر اینکه جنون یا عدم رشد او در دادگاه ثابت گردد. تفاوت این عبارت با ماده ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی در این است که به موجب ماده قبلی رسیدن به سن ۱۸ سال تمام شمسی اصولاً موجب خروج از حجر شناخته شده بود، در حالی که برابر ظاهر ماده اصلاحی رسیدن به سن بلوغ شرعی اصولاً موجب رفع حجر است، مگر اینکه جنون یا عدم رشد در

---

۱. ر.ک.: صفائی، حسین؛ «شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱»، *نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*؛ ۱۳۶۹، ش ۲۵، ص ۱۰۳ به بعد.

دادگاه به اثبات برسد.

در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی، سن بلوغ بر اساس نظر مشهور در فقه امامیه تعیین شده است که قبلاً از آن بحث کردیم (ر.ک.: ش ۲۰۹). در تبصره ۲ این ماده هم قاعده‌ای آمده است که آن نیز مبتنی بر فقه اسلامی است. به موجب این تبصره تسلیم اموال صغیر به او پس از بلوغ مشروط به اثبات و احراز رشد، شده است، یعنی اگر مالی از صغیر در دست ولیّ یا شخص دیگری باشد، پس از رسیدن صغیر به سن بلوغ، در صورتی مال مزبور به تصرف مالک داده خواهد شد که رشدش ثابت شده باشد. مبنای اصلی این قاعده آیه ۶ از سوره نساء است (ر.ک.: ش ۱۹۶).

اشکالی که در این ماده به‌وضوح دیده می‌شود تعارض قسمت اصلی ماده با تبصره ۲ آن است. چنان‌که گفتیم، از ظاهر عبارت صدر ماده چنین بر می‌آید که صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ اصولاً از حجر خارج می‌شود و دیگر نمی‌توان او را محجور تلقی کرد، مگر اینکه عدم رشد یا جنون او در دادگاه ثابت شده باشد، حال آنکه تبصره ۲ ماده، اصولاً صغیر را حتی پس از رسیدن به سن بلوغ هم محجور می‌شناسد و دادن اموال به تصرف او را منع می‌کند، مگر اینکه رشد او ثبات و احراز شده باشد؛ بنابراین، تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ با اصل ماده ظاهراً متعارض است. در اصل ماده خروج از حجر یک شرط دارد که عبارت از بلوغ ست، لیکن در تبصره ۲ برای خروج از حجر و استقلال مالی صغیر دو شرط بلوغ و رشد مقرر شده است.

از آنجا که اصولاً قانون‌گذار، قانون متعارض وضع نمی‌کند و نباید کار غیر معقولی را به او نسبت داد، حقوقدانان و مراجع قضایی، برای حل تعارض ظاهری ماده ۱۲۱۰، از طریق تفسیر آن، کوششهایی کرده‌اند که نخستین آنها نظر کمیسیون ستفتائات شورای عالی قضایی (سابق) و آخرین آنها که تا حدی مشکل را حل کرده است رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۳۰ مورخ ۶۴/۱۰/۳، می‌باشد.

## ۲۱۴. نظر کمیسیون استفتائات

برای حل تعارض، کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی (سابق) نظریه‌های متعددی در پاسخ به سؤالات طرح شده داده است که تفاوت اساسی با هم ندارند؛ برای مثال کمیسیون مزبور در نظریه مورخ ۶۲/۷/۲۶، چنین اعلام کرده است که «ماده ۱۲۱۰ ناظر به حکم به حجر است، در اموال وی و تبصره ۲ منضم به ماده ناظر است به اداره مال صغیر که در اختیار دیگری است که با احراز رشد پس از بلوغ به وی ادا می‌شود والّا در اختیار ولیّ باقی خواهد ماند».[1]

همچنین کمیسیون در نظریه مورخ ۶۳/۲/۸ با وضوح بیشتری اعلام کرد که موضوع ماده ۱۲۱۰ اصلاحی غیر از موضوع تبصره ۲ ماده است. اصل ماده ۱۲۱۰ مربوط به اموالی است که در زمان بلوغ در تصرف صغیر است. نسبت به این اموال مجرد بلوغ کافی برای رفع حجر و استقلال صغیر در تصرف است؛ اما در مورد اموالی که قبل از بلوغ صغیر در اختیار دیگری بوده، به محض رسیدن مالک به سن بلوغ، نمی‌توان آنها را تحویل صاحب آن داد و رفع حجر نسبت به این اموال منوط به احراز رشد است.[2]

این تفسیر، با اینکه با ظاهر ماده وفق می‌دهد، از جهات زیر قابل ایراد است:

اولاً، از نظر منطقی درست نیست، زیرا اگر خروج از حجر متوقف بر احراز رشد باشد، چه فرق می‌کند که اموال صغیر در زمان رسیدن به سن بلوغ در تصرف خود او باشد یا در تصرف شخص دیگر؟ اگر مصلحت صغیر در این است که به مجرد بلوغ در اداره اموال و تصرفات مالی خود آزاد و مستقل باشد، دیگر نباید در این زمینه بین اموالی که در ید خود اوست و اموالی که در تصرف دیگران است فرق گذاشت.

ثانیاً، این راه حل برخلاف مصلحت صغیر است که مبنای حجر او را تشکیل می‌دهد؛ زیرا احتمال زیاد می‌رود که دختر ۹ ساله یا پسر ۱۵ ساله‌ای که رشدش احراز نشده، در صورت خروج از حجر، نسبت به اموالی که در ید اوست تصرفات غیرمعقولی کند و به زیان خویش اقدام نماید.

ثالثاً، نظر یاد شده با فقه امامیه که باید مبنای اصلی تفسیر قانون در جمهوری اسلامی باشد وفق نمی‌دهد؛ زیرا، چنان‌که گفتیم، فقیهان امامیه رفع حجر از صغیر را

---

۱. مجموعه *پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی*؛ ج ۱، ص ۱۷.

۲. *همان*؛ ص ۱۹.

موکول بر وجود دو صفت بلوغ و رشد کرده‌اند و بین اموالی که در تصرف صغیر است و اموالی که در ید اشخاص دیگر می‌باشد تفاوتی قائل نشده‌اند.

### ۲۱۵. رأی هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور

سرانجام اختلاف در تفسیر ماده ۱۲۱۰ و مشکلات ناشی از آن باعث صدور رأی وحدت رویه مورخ ۶۴/۱۰/۳ گردید. بین دادگاههای عمومی فسا و جهرم در استنباط از ماده ۱۲۱۰ ق.م. اختلاف نظر وجود داشت، با این توضیح که برای بعضی از اشخاص که به سن بلوغ رسیده، ولی رشدشان ثابت نشده بود، دادگاه عمومی فسا بر طبق درخواست دادسرا قیم نصب کرده بود، در حالی که دادگاه عمومی جهرم پیشنهاد دادسرا را به علت کبیر بودن اشخاص رد کرده بود و بدین جهت برای ایجاد وحدت رویه از هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور درخواست اتخاذ تصمیم شد و هیئت عمومی پس از بررسی موضوع، بر اساس فقه امامیه، چنین رأی داد:

«ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی هشتم دی ماه ۱۳۶۱ که علی‌القاعده رسیدن صغار به سن بلوغ را دلیل رشد قرار داده و خلاف آن را محتاج به اثبات دانسته ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می‌باشد، مگر در مورد امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است؛ به عبارت اخری صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد از این نوع مداخله ممنوع است. بر این اساس، نصب قیم به منظور اداره امور مالی و استیفای حقوق ناشی از آن برای افراد فاقد ولیّ خاص پس از رسیدن به سن بلوغ و قبل از اثبات رشد هم ضروری است...».[1]

از این رأی که در موارد مشابه لازم‌الاتباع است بر می‌آید که: اولاً، بر طبق نظر هیئت عمومی، ماده ۱۲۱۰، که اصولاً رسیدن به سن بلوغ را نشانه رشد و موجب

---

۱. *مجموعه قوانین سال ۱۳۶۴*؛ ص ۵۹۱ به بعد.

رفع حجر دانسته، ناظر به کلیه امور صغیر به‌جز امور مالی است؛ ثانیاً، برابر تبصره ۲ ماده مزبور، رفع حجر از صغیر در امور مالی مشروط به دو شرط بلوغ و رشد است و قبل از احراز رشد شخص بالغ نمی‌تواند در اموال خود آزادانه تصرف کند، اعم از اینکه اموال مزبور در تصرف خود او باشد یا در تصرف اشخاص دیگر.

بنابر این تفسیر، صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ در امور غیرمالی، مانند حضانت، طلاق، اقرار به نسب، شهادت در امور غیرمالی، اقرار به جرمی که موجب قصاص است، از حجر خارج می‌شود و می‌تواند مستقلاً عمل نماید؛ اما در امور مالی رفع حجر از او به احراز رشد نیاز دارد.

این تفسیر، گرچه تعارض صدر و ذیل ماده ۱۲۱۰ را رفع و ماده را با فقه امامیه تا حدی هماهنگ می‌سازد، دارای این اشکال است که رفع حجر از صغیر به صرف رسیدن به سن بلوغ را به عنوان اصل می‌پذیرد و شرط رشد در امور مالی را به عنوان استثناء بر اصل تلقی می‌کند، در حالی که از متون فقهی ظاهراً چنین برمی‌آید که رفع حجر با دو شرط بلوغ و رشد، اصل و خروج از حجر و استقلال صغیر در غیر امور مالی به صرف رسیدن به حد بلوغ استثناست. به‌علاوه معلوم نیست چرا باید صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ، در امور غیرمالی ـ که بیش از امور مالی اهمیت دارد ـ استقلال پیدا کند، ولی در امور مالی خروج او از حجر منوط به اثبات رشد باشد.

ایراد دیگر این تفسیر آن است که مشکل فقدان اماره رشد را حل نمی‌کند. در واقع این ایراد بر قانون‌گذار وارد است که بدون توجه به مصلحت اجتماعی و مشکلات عملی، سن ۱۸ سال را که اماره رشد بوده حذف کرده است و امروزه برای خروج صغیر از حجر باید رشد او اثبات و احراز شود و برای احراز رشد یا باید نظر ولیّ را پذیرفت، چنان‌که قول مشهور در فقه امامیه بر آن است، یا باید بدین‌منظور به دادگاه مراجعه کرد. هیچ‌یک از این دو راه حل مطلوب و مناسب مقتضیات زمان نیست. احراز رشد به وسیله ولیّ، علاوه بر اینکه اشکال عملی دارد، راهی مطمئن و قابل اعتماد نیست؛ زیرا در جامعه امروز در بسیاری از موارد نمی‌توان به امانت یا آگاهی یا بی‌نظری و دقت عمل ولیّ اعتماد کرد. راه حل دوم، یعنی رجوع به

دادگاه در همه موارد، جهت احراز رشد موجب تراکم کار دادگاهها و عسر و حرج برای مردم است.

در عمل دادگاهها، دفاتر اسناد رسمی، بانکها و دیگر مؤسسات دولتی یا خصوصی، بنابر عادت و سنت قدیم، سن ۱۸ سال را نشانه رشد به شمار آورده، گواهی یا حکم رفع حجر از چنین اشخاصی مطالبه نمی‌کنند و از این‌رو اشکال و خطر ناشی از لغو اماره رشد محسوس نیست. با وجود این با حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ ق. م. توجیه حقوقی این رویه و پیدا کردن مبنای حقوقی برای آن دشوار است، اگرچه بعضی از حقوقدانان سعی کرده‌اند این رویه را با ماده واحده راجع به رشد متعاملین توجیه نمایند.

### ۲۱۶. ماده واحده راجع به رشد متعاملین

بعضی از حقوقدانان و دادگاهها برآن‌اند که سن ۱۸ سال تمام به عنوان اماره رشد، بر طبق قانون (ماده واحده) راجع به رشد متعاملین، مصوب ۱۳۱۳،[1] همچنان به قوت و اعتبار خود باقی است، چه این قانون هرگز نسخ نشده است؛ لیکن این نظر، هر چند به انگیزه پسندیده حل مشکل فقدان اماره رشد ابراز شده و از نظر اجتماعی قابل قبول است، از لحاظ حقوقی خالی از اشکال نیست، زیرا مفاد قانون راجع به رشد متعاملین در سال ۱۳۱۴ در مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ ق. م. منعکس گردید و در واقع مفاد هر دو قانون در خصوص اماره رشد یکی است و با لغو ماده ۱۲۰۹ و

---

۱. «ماده واحده: از تاریخ اجرای این قانون، در مورد کلیه معاملات و عقود و ایقاعات، به استثنای نکاح و طلاق، محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال تمام شمسی نرسیده‌اند، اعم از ذکور و اناث، غیر رشید بشناسند، مگر آنکه رشد آنها قبل از اقدام به انجام معامله یا عقد و یا ایقاع به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت شده باشد. اشخاصی که به سن ۱۸ سال شمسی تمام رسیده‌اند در محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی رشید محسوب می‌شوند، مگر آنکه عدم رشد آنها به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت گردد. مناط سن اشخاص اوراق هویت آنهاست، مگر خلاف آن ثابت شود».

سن ۱۸ سال به عنوان اماره رشد، ماده واحده یاد شده هم در این قسمت باید منسوخ تلقی گردد؛ به تعبیر دیگر «در واقع یک حکم در دو قانون تکرار شده است؛ نسخ قانون نیز حکم را برمی‌دارد و قالب به تبع نسخ حکم از بین می‌رود. پس اکنون که بنا به فرض، حکم مربوط به اماره رشد برداشته شده است، هر قالب که چنین حکمی را در خود دارد نسخ ضمنی می‌شود».[1]

بنابراین تنها راه حلی که باقی می‌ماند مداخله قانون‌گذار از طریق اصلاح قانون یا احیای مقررات پیشین در مورد اماره رشد است. به نظر نمی‌رسد که چنین راه حلی با فقه اسلامی مباینت داشته باشد، چه رشد، چنان‌که فقیهان اسلام گفته‌اند، یک مفهوم عرفی است و معنی شرعی خاصی ندارد؛[2] پس قانون‌گذار می‌تواند با توجه به عرف و بر اساس ظن و غلبه، سن معینی، برای مثال ۱۸ سال تمام را به عنوان اماره رشد قبول کند. قابل ذکر است که در حقوق کشورهای دیگر حتی کشورهای اسلامی، عموماً سن خاصی برای اهلیت تصرف که در واقع همان اماره رشد می‌باشد پذیرفته شده است. این سن در بسیاری از کشورها از جمله فرانسه، انگلیس، اسکاتلند، کشورهای عضو جامعه مشترک‌المنافع (اتحاد جماهیر شوروی سابق)، مصر، سوریه و عراق ۱۸ سال است.

## بند دوم: اعمال حقوقی صغیر

### ۲۱۷. نقش تمیز و اراده در اعمال حقوقی

چنان‌که می‌دانیم، اعمال حقوقی در برابر وقایع حقوقی[3] به کار می‌رود و به

---

۱. *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ص ۳۱، پاورقی شماره ۶۵.

۲. و المرجع فیه العرف کما فی غیره من الالفاظ الّتی لاحقیقة شرعیة لها و لا لغویة مخالفة للعرف (*جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۴۸).

۳. وقایع حقوقی به پاره‌ای اعمال ارادی (مانند اتلاف عمدی و غصب) یا حوادث غیرارادی (مانند تولد و مرگ) گفته می‌شود که آثار حقوقی آن ناشی از حکم قانون است و معلول اراده شخص نمی‌باشد؛ به دیگر سخن وقایع حقوقی، آن دسته از پدیده‌های حقوقی است که صرف‌نظر از اراده شخص و به حکم قانون، آثاری بر آن مترتب است.

کارهایی، مانند عقود و ایقاعات، اطلاق می‌شود که اشخاص به‌طور ارادی و برای رسیدن به پاره‌ای از آثار حقوقی انجام می‌دهند و قانون هم آثار مورد نظر را بر آن اعمال، بار می‌کند.

انجام‌دادن اعمال حقوقی به وجود تمیز و اراده نیازمند است. کسی که بتواند امور مختلف را از همدیگر تمیز بدهد می‌تواند اراده معتبر برای انجام دادن اعمال حقوقی داشته باشد؛ به عبارت دیگر انجام دادن اعمال حقوقی مبتنی بر داشتن اراده حقوقی و اراده هم مبتنی بر وجود تمیز است.

چنان‌که در گذشته اشاره شد (ر. ک.: ش ۲۰۵ به بعد) انسان در سالهای نخستین زندگی فاقد درک و تمیز است، به‌تدریج و به موازات نضج اعضای بدن قوه عقلانی او نیز نمو کرده، به مرحله‌ای می‌رسد که سود و زیان، و زشت و زیبا را از همدیگر تمیز می‌دهد. این مرحله که زمان آن در کودکان مختلف، متفاوت است مرحله یا سن تمیز نامیده می‌شود. صغیر قبل از نیل به این مرحله به صغیر غیرممیز معروف است و تمامی اعمال حقوقی او باطل و بلااثر است، زیرا فاقد اراده حقوقی (انشایی) است. این مطلب هم در حقوق اسلام (ر.ک.: ش ۲۱۸ تا ۲۲۰) و هم در حقوق جدید مورد اتفاق است (ماده ۲۱۲ و ۱۲۱۲ ق. م.).

هنگامی که صغیر دارای نیروی تمیز شد و اراده حقوقی پیدا کرد (صغیر ممیز)، اصولاً ابزار لازم برای انجام دادن اعمال حقوقی را به‌دست آورده است و می‌تواند اعمال حقوقی، به‌طور مستقل یا با اجازه ولیّ، انجام دهد.

پس از مقدمه بالا اینک به بررسی مقررات فقهی و حقوق موضوعه دربارهٔ اعمال حقوقی صغیر می‌پردازیم.

**الف) اعمال حقوقی صغیر در فقه اسلامی**

**۲۱۸. اعمال حقوقی صغیر در فقه شیعه**

کلیه اعمال حقوقی صغیر غیرممیز باطل و بلااثر است و به تعبیر فقهی، صغیر «مسلوب‌العبارة» است و در این مسئله بین فقیهان اسلام اختلاف نظری دیده نمی‌شود.

در مورد اعتبار اعمال حقوقی صغیر ممیز اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقیهان[1] آنها را باطل دانسته و به این دلایل استناد کرده‌اند:

۱) اجماع؛ ۲) در عقود و ایقاعات اصل اولی فساد است و صحت آنها (اصل صحت) که از پاره‌ای ادله استفاده می‌شود شامل عقد صغیر نمی‌شود؛ ۳) صغیر فاقد اهلیت تصرف است و عقد هم از تصرفات محسوب می‌شود؛ ۴) صحت عقد، مستلزم ترتب آثار و احکام عقد بر آن است و واجبات و محرماتی از آن ناشی می‌شود که صغیر نسبت به آنها تکلیف و مسئولیتی ندارد (رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم)؛ ۵) اخبار مستفیضه‌ای که دلالت بر عدم صحت معاملات صغیر می‌کند.

باید یادآور شد که فقیهان معمولاً عبادات صغیر ممیز را صحیح و معتبر می‌دانند، اگرچه قبل از رسیدن به سن بلوغ، نسبت به آن تکلیف و الزامی ندارد. بعضی از فقیهان ضمن قبول بطلان تصرفات مالی صغیر ممیز استثنائاتی برای آن قائل شده‌اند، مانند بیع اشیاء کوچک، وصیت و حیازت مباحات.[2]

برخی از فقیهان بزرگ امامیه از جمله مقدس اردبیلی اصولاً جواز معاملات صغیر ممیز (با اذن ولیّ) را پذیرفته‌اند و دلایلی به شرح ذیل آورده‌اند:

۱. دلایل صحت عقود و معاملات شامل صغیر ممیز نیز می‌شود، مگر آنچه به موجب دلیل استثناء شده باشد؛

۲. وقتی که اعمال حقوقی مجانی صغیر مانند وصیت و صدقات، به استناد روایات، مجاز باشد، به طریق اولی باید اعمال معاوضی او، که به مراتب ضرر و خطرش

---

۱. المشهور بین اصحابنا (رض) هو بطلان عقد الصبی فعن الشیخ فی *المبسوط* و *الخلاف* انه لایصح بیع الصبی و لاشرائه اذن له الولی ام لم یاذن. و عن الغنیة دعوی الاجماع علی ذلک. و عن العلامة فی التذکرة: ان الصبی محجور علیه بالنص والاجماع سواء کان ممیزاً ام لا و هو محجور عن جمیع تصرفاته ... (موسوی خوئی، سیدابوالقاسم؛ مصباح *الفقاهة*؛ ج ۳، ص ۲۳۴ به بعد) و میرزای قمی، *جامع الشتات*؛ ج ۲، سؤال ۱۶۱، ص ۲۵۲.

برای بحث تفصیلی در این خصوص، رجوع کنید به: المراغی‌الحسینی، عبدالفتاح بن علی (معروف به میرفتاح)؛ عناوین؛ عنوان ۸۴، ص ۲۸۳ به بعد.

۲. تحریر*الوسیلة*؛ ج ۲، کتاب الحجر، ص ۱۲ و ۱۳.

برخی از فقیهان همین مقدار مجاز را نیز بیع ندانسته و اباحه تصرف می‌دانند (*جامع‌الشتات*؛ ج ۲، ص ۲۵۳).

کمتر از اعمال مجانی است، مجاز و معتبر باشد؛

۳. در آیه ۶ سوره نساء به آزمایش صغار قبل از بلوغ امر شده است و این آزمایش از طریق معاملات صورت می‌گیرد؛ پس باید آن معاملات صحیح و معتبر باشد؛

۴. محجور شناختن صغیر برای آن است که توانایی اداره اموال خود را ندارد و آنها را تلف می‌کند؛ پس اگر معلوم شود که صغیر این توانایی را به دست آورده و اموال خود را تلف نخواهد کرد، چنان‌که بسیاری از کودکان در زمان ما چنین وضعی دارند، اعمال حقوقی او اشکالی نخواهد داشت؛

۵. سیره مسلمانان در هر زمان و مکانی بر این است که پاره‌ای از معاملات و قراردادها را به کودکان (ممیز) خود واگذار می‌کنند و اگر این معاملات باطل باشند، باید آنها را از این‌گونه قراردادها منع نمایند، در صورتی که چنین منعی دیده نمی‌شود.

از این دلایل استفاده می‌شود که اگر معاملات و اعمال حقوقی صغیر ممیز با اذن ولیّ انجام شود صحیح و معتبر است.

یکی از فقیهان معاصر[۱] ضمن بحث تفصیلی از معاملات صبی (صغیر ممیز) بین این چهار مورد تفکیک کرده و چنین اظهارنظر نموده است:

۱. تصرفات مستقل صغیر در اموال خود بدون اذن ولیّ. این‌گونه معاملات بدون خلاف و اشکال جایز نیست و آیه ۶ از سوره نساء بر آن دلالت دارد.

۲. تصرفات مستقل صغیر در اموال خود با اذن ولیّ. این‌گونه تصرفات نیز جایز نیست، یعنی ولیّ نمی‌تواند اموال صغیر را کلاً به تصرف او بدهد و او را در خرید و فروش آزاد بگذارد و در واقع از او رفع حجر کند، زیرا جواز این امر متوقف بر بلوغ و رشد است؛ با وجود این اگر صغیر به طور مستقل معاملاتی انجام دهد این‌گونه معاملات فاسد نیست، زیرا صغیر ممیز مسلوب‌العبارة نمی‌باشد پس اگر ولیّ معامله را اجازه (تنفیذ) کند به صحت و نفوذ آن حکم خواهد شد.[۲]

۳. مباشرت صغیر نسبت به عقود و ایقاعات با اذن ولیّ یا با وکالت از جانب او. مقصود این است که صغیر با اذن ولیّ و تحت نظر او یا با وکالت از سوی او معاملات و تصرفاتی در مال خود انجام دهد. این‌گونه معاملات صحیح است. آیه ۶ از سوره نساء بر عدم جواز آن دلالت نمی‌کند، زیرا این آیه ناظر به موردی است که ولیّ تمامی مال صغیر

۱. *مصباح الفقاهة*؛ ج ۳، ص ۲۴۴ به بعد. ۲. *همان*؛ ج ۳، ص ۲۴۹.

را به منظور تصرف مستقل در اختیار او قرار دهد و انشای عقد یا ایقاع در مال صغیر با اذن ولیّ را دربرنمی‌گیرد. روایات هم دلالت بر مسلوب‌العبارة بودن صغیر و بطلان این‌گونه معاملات ندارد.

۴. وکالت صغیر در انشای عقد یا ایقاع در مال غیر، اعم از آنکه موکل، ولیّ باشد یا غیر او. این عمل نافذ است و در این‌صورت صغیر می‌تواند به بستن عقد یا ایقاع، حتی به‌طور مستقل و بدون اذن ولیّ اقدام نماید، زیرا آنچه صغیر ممنوع از انجام دادن آن است تصرف در اموال خود اوست و تصرف در اموال دیگران بر طبق عمومات و اطلاقات نافذ است.

### ۲۱۹. اعمال حقوقی صغیر در فقه عامه

در فقه عامه نیز اعمال حقوقی صغیر غیرممیز باطل و بلااثر است؛ اما بسیاری از فقیهان عامه صغیر ممیز را دارای اهلیت ناقص و محدود می‌دانند. فقیهان حنفی اعمال حقوقی صغیر ممیز را به سه دسته تقسیم کرده‌اند:

۱. اعمال صرفاً نافع، یعنی عملی که هیچ‌گونه زیانی برای صغیر ندارد. این اعمال صحیح و نافذ است و به اذن ولیّ احتیاجی ندارد، مثل قبول هبه غیرمعوض.

۲. اعمال صرفاً مضر، یعنی اعمالی که ذاتاً زیانبارند و برای صغیر نفعی دربر ندارند، مانند هبه. این اعمال باطل و بلااثرند، حتی اگر با اذن ولیّ باشند.

۳. اعمالی که احتمال ضرر و منفعت در آن وجود دارد، مانند بیع و اجاره. صحت و نفوذ این اعمال به اذن یا اجازه ولیّ بستگی دارد.[1]

ولیّ می‌تواند مقداری از اموال صغیر ممیز را به منظور تجارت و برای کسب

---

۱. *مجلةالاحکام العدلیة* (قانون مدنی عثمانی سابق) که یک منبع معتبر در فقه حنفی است در ماده ۹۶۷ خود این تقسیم‌بندی را پذیرفته است و مصر و سوریه و عراق نیز از این قانون پیروی کرده‌اند.

برای مطالعه شرح و تفسیر این ماده، رجوع کنید به: *شرح المجلة*؛ ص ۵۴۱ و ۵۴۲ و *دررالحکّام*؛ ج ۹، ص ۶۰۶ تا ۶۱۰ و *الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ج ۲، *المدخل الفقهی العام*، ش ۴۳۱ به بعد و ص ۷۶۴ به بعد و

***La protection des incapables***, p. 57 et s.

تجربه به او تحویل دهد و هرگاه رشدش محقق شد، باقی اموالش را نیز به او تسلیم کند (ماده ۹۶۸ *المجله*).

در فقه عامه از اعمال حقوقی صغیر مأذون در تجارت بحث شده است. البته اذن ممکن است صریح یا ضمنی باشد.[۱] به عقیده فقیهان حنفی اذن نمی‌تواند به پاره‌ای از اعمال حقوقی یا به زمان و مکان خاصی محدود باشد و اذن مقید به برخی از اعمال یا زمان و مکان خاص، مطلق و کلی محسوب می‌شود (ماده ۹۷۰ *المجله*)؛ زیرا اذن اسقاط حجر است.[۲] برخی دیگر مانند فقیهان شافعی و حنبلی محدودیت اذن را پذیرفته‌اند و می‌گویند اذن مانند وکالت است که می‌تواند محدود باشد[۳] و محدود بودن آن با مصلحت صغیر نیز سازگار است، زیرا صغیر ممکن است فقط توانایی برخی از اعمال بازرگانی را داشته باشد؛ وانگهی بر فرض اینکه اذن موجب فک حجر و سقوط آن باشد چه اشکالی دارد که به‌طور جزئی و محدود باشد.

عدول از اذن نیز ممکن است، اما باید به صغیر ابلاغ شود[۴] و از تاریخ ابلاغ و انتشار در بازار (در صورتی که اذن در بازار انتشار یافته باشد) مؤثر است و اثر قهقرایی ندارد و تا زمانی که عدول از اذن به اطلاع صغیر و اکثر اهل بازار نرسیده باشد اعمال حقوقی انجام شده نافذ و معتبر است (ماده ۹۷۳، *المجله*).[۵]

**ب) اعمال حقوقی صغیر در حقوق موضوعه**

**۲۲۰. اعمال حقوقی صغیر غیرممیز ـ ماده ۱۲۱۲ ق. م.**

چنان‌که گفتیم، تمامی اعمال حقوقی صغیر غیرممیز، به علت فقدان تمیز و اراده حقوقی، در حقوق امروز نیز باطل و بلااثر است. کسی که اراده حقوقی (انشایی) نداشته باشد نمی‌تواند عمل حقوقی انجام دهد و اگر به ظاهر به آن اقدام نماید، باید عمل او را باطل به شمار آورد. در این باره می‌توان به ماده ۱۲۱۲ ق. م. استناد

---

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *دررالحکّام*؛ ج ۹، ص ۶۱۱ به بعد.
۲. *همان*؛ ج ۹؛ ص ۶۱۱.
۳. *همان‌جا*.
۴. شرح *المجلة*؛ ص ۵۴۵.
۵. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *دررالحکّام*؛ ج ۹، ص ۶۲۱ به بعد.

کرد. به موجب این ماده «اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد، باطل و بلااثر است؛ معذلک صغیر ممیز می‌تواند تملک بلاعوض کند، مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات». بعضی گفته‌اند که بند اول این ماده ناظر به صغیر غیر ممیز است، لیکن این سخن قابل ایراد است، زیرا بند دوم تملکات بلاعوض صغیر ممیز را استثناء می‌کند و این استثناء در صورتی درست است که بند اول ماده شامل صغیر ممیز هم باشد.[1] اطلاق کلمه «صغیر» نیز مفید همین معنی است. پس صغیر در بند اول ماده هم غیر ممیز و هم ممیز را دربر می‌گیرد. در این صورت، اشکالی که مطرح می‌شود آن است که معاملات و اعمال حقوقی صغیر، اعم از ممیز و غیرممیز، همواره باطل به معنی خاص کلمه نیست. اعمال حقوقی صغیر ممیز اگر صرفاً نافع باشد نافذ است و اگر احتمال سود و زیان داشته باشد بدون اذن ولیّ غیر نافذ و با اذن ولیّ یا اجازه او نافذ خواهد بود (ر. ک.: شماره بعد). برای رفع این اشکال می‌توان گفت کلمه باطل و غیرنافذ در پاره‌ای مواد قانون مدنی، به پیروی از فقه امامیه، به معنی عام به کار رفته است نه به معنی خاص مصطلح امروز.[2] در ماده ۱۲۱۲ ق. م. باطل دارای معنایی عام است.

باطل عملی است که فاقد برخی از ارکان و دارای عیب اساسی است، اعم از اینکه عیب مزبور قابل رفع و به عبارت دقیق‌تر، عمل قابل تنفیذ باشد یا نه. البته با دلایل دیگر باید تشخیص داد که عمل انجام شده باطل به معنی خاص یا غیرنافذ به معنی خاص است، چنانکه با استناد به دلایل دیگر می‌گوییم اعمال حقوقی صغیر غیر ممیز کلاً باطل و اعمال حقوقی صغیر ممیز اصولاً غیرنافذ است.

**۲۲۱. اعمال حقوقی صغیر ممیز**

بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی صغیر ممیز مسئله‌ای قابل تأمل و بحث است.

---

۱. قواعد عمومی *قراردادها*؛ ش ۳۰۲، ص ۲۴.

۲. صفائی، حسین؛ «اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه»، نشریه *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*؛ ۱۳۴۹، ش ۳، ص ۱۰۲؛ *مجموعهٔ مقالات حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۱۴ و ۳۱۵.

ممکن است با استناد به ظاهر ماده ۱۲۱۲ ق. م. و نظر گروهی از فقیهان امامیه گفته شود که اعمال صغیر ممیز جز در موارد استثنایی باطل است، لیکن قبول این نظر در حقوق جدید دشوار است، زیرا:

اولاً، مبنای حجر صغیر ممیز در حقوق امروز فقدان اراده نیست، بلکه حمایت از محجور است. اگر مبنای حجر صغیر ممیز فقدان اراده حقوقی بود، می‌بایست کلیه اعمال حقوقی او باطل و کأن لم یکن باشد، درحالی که قانون‌گذار برخی از اعمال حقوقی او را صحیح و نافذ دانسته است (بند دوم ماده ۱۲۱۲ ق. م.). در واقع با اینکه صغیر ممیز می‌تواند انشای عقد یا ایقاع نماید و به دیگر سخن اراده حقوقی اعلام کند، به‌منظور حمایت و تأمین منافع و مصالح صغیر یاد شده، قانون‌گذار او را اصولاً از تصرف در اموال و حقوق مالی خود منع کرده است (ماده ۱۲۰۷ ق. م.)؛ پس مبنای حجر صغیر ممیز حمایت از محجور است که بطلان اعمال او را اقتضا نمی‌کند، بلکه برعکس با عدم نفوذ این اعمال سازگار است.

ثانیاً، قانون مدنی در ماده ۱۲۱۴، معاملات غیررشید را غیرنافذ دانسته است، مگر اینکه با اجازه ولیّ یا قیم انجام شده باشد. اگرچه این ماده مربوط به غیررشید (سفیه) است، با استفاده از ملاک آن می‌توان معاملات صغیر ممیز را هم اصولاً غیرنافذ تلقی کرد، زیرا صغیر از جهت داشتن قوه درک، تمیز و اراده حقوقی مانند غیر رشید است. حتی برخی از حقوقدانان کلمه غیررشید در این ماده را شامل صغیر ممیز دانسته‌اند.

ثالثاً، مواد ۸۵ و ۸۶ ق. ا. ح. نیز مؤید این نظر است. ماده ۸۵ به ولیّ یا قیم اختیار داده است که در صورت اقتضا به محجور که شامل صغیر ممیز هم می‌باشد اجازه دهد به کار یا پیشه‌ای اشتغال ورزد، قرارداد کار منعقد کند و لوازم آن کار یا پیشه را تهیه نماید؛ برای مثال ابزار لازم برای کار را بخرد. ماده ۸۶ نیز مقرر داشته است که محجور ممیز می‌تواند اموال و منافعی را که خود به دست آورده است با اذن ولیّ یا قیم اداره نماید و اعمال حقوقی لازم برای اداره آنها را انجام دهد. چون خصوصیتی در این‌گونه اعمال نیست، می‌توان با تعمیم قواعد مندرج در این مواد

اظهارنظر کرد که صغیر ممیز اصولاً می‌تواند با اذن ولیّ یا قیم اعمال حقوقی انجام دهد.

رابعاً، مصلحت صغیر ممیز و جامعه نیز در این است که اعمال حقوقی او با اذن ولیّ یا قیم نافذ باشد، زیرا با این اعمال، صغیر ممیز تجربه پیدا می‌کند و به‌تدریج آماده ورود به زندگی حقوقی و استقلال در ادارهٔ امور خود می‌شود. به‌علاوه جامعه نیز چه بسا به کار و فعالیت صغیر ممیز نیاز دارد و از آن سود می‌برد؛ چنان‌که در بسیاری از مغازه‌ها و واحدهای بازرگانی یا خدماتی صغیر ممیز به خرید و فروش و معامله اقدام می‌نماید. حکم به بطلان این معاملات مشکلاتی برای مردم به بار می‌آورد و با مصلحت جامعه سازگار نیست.

خامساً، رویه قضایی هم مؤید این نظر است. هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور در رأی اصراری شماره ۳۸/۲ مورخ ۳۹/۲/۱۷، همین نظر را پذیرفته و به ماده ۱۲۱۴ ق. م. استناد کرده است.[۱]

گروهی از استادان حقوق نیز از همین نظر دفاع کرده‌اند.[۲] اقوال بعضی از فقیهان امامیه هم با این نظر سازگار است.[۳]

با توجه به دلایل مذکور می‌توان گفت اعمال حقوقی صغیر ممیز، در صورتی که بدون اذن ولیّ یا قیم باشد، اصولاً غیر نافذ است که ولیّ یا قیم می‌تواند، با رعایت مصلحت محجور، آن را اجازه (تنفیذ) یا رد کند و در صورت تنفیذ، عیب

---

۱. در این رأی آمده است «... استناد به ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی مبنی بر بطلان معامله صغیر، با اینکه ماده ۱۲۱۴ قانون مزبور که وارد بر ماده استنادی می‌باشد، معامله صغیر را غیر نافذ دانسته مستند قانونی نداشته ...»، (*مجموعه رویه قضایی* (آراء هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور از ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲)؛ آرشیو کیهان، ج ۲، ص ۳۲۲).

۲. ر. ک.: صفائی، حسین؛ دوره *مقدماتی حقوق مدنی*؛ ج ۲، ص ۱۳۶ به بعد و *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۳۰۲، ص ۲۴ و امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۵۱ و جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*؛ ج ۱، ص ۳۶۰.

۳. *مصباح الفقاهة*؛ ج ۳، ص ۲۴۹ و طباطبائی، سیدمحمدکاظم؛ *حاشیه بر مکاسب*؛ ج ۱، ص ۲۴۶ و *منهاج الصالحین*؛ ج ۲، ص ۱۵.

عمل انجام شده رفع و عمل از روز وقوع معتبر و مؤثر تلقی خواهد شد؛ بنابراین هرگاه صغیر ممیز با اذن ولیّ یا قیم عمل حقوقی، مانند خرید و فروش و اجاره، انجام دهد عمل مزبور صحیح و نافذ است.

بند دوم ماده ۱۲۱۲ ق. م. استثنایی بر قاعده فوق وارد کرده است. به موجب این بند «صغیر ممیز می‌تواند تملک بلاعوض کند، مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات». با توجه به ملاک این ماده و بهره‌گیری از تقسیم‌بندی حنفیان (ر. ک.: ش ۲۱۹)، می‌توان گفت: صغیر ممیز می‌تواند اعمال حقوقی صرفاً نافع را به‌طور مستقل انجام دهد و در این باره به اذن ولیّ یا قیم نیازی ندارد. فلسفه حجر که همان حمایت از محجور است ایجاب می‌کند که صغیر ممیز در این‌گونه اعمال که هیچ زیانی برای او ندارد استقلال داشته باشد.

استثنای دیگری که می‌توان بر قاعده عدم نفوذ اعمال حقوقی صغیر ممیز نام برد مربوط به اعمال حقوقی صرفاً مضر است. چنان‌که حنفیان گفته‌اند، اعمال حقوقی صغیر ممیز که صرفاً زیان‌آور بوده و هیچ سودی از آن متصور نباشد، مانند هبه، باید باطل تلقی شود؛ زیرا فلسفه و مبنای حجر اقتضا می‌کند که صغیر ممیز نتواند این اعمال را خود انجام دهد. ولیّ یا قیم نیز که وظیفه‌اش حفظ حقوق و منافع محجور است نمی‌تواند برای انجام دادن این اعمال اذن دهد یا خود به آن اقدام نماید.

بنابراین اعمال صرفاً مضر، حتی اگر با اذن ولیّ یا قیم باشد، باطل و کأن لم یکن محسوب می‌شود. با وجود این، به نظر می‌رسد، هدایایی که صغیر ممیز برحسب متعارف از مال خود به خویشان و دوستانش می‌دهد، مانند هدایای جشن تولد، عمل صرفاً مضر نیست، بلکه فایده معنوی برای صغیر دارد و در رشد شخصیت او مؤثر است و بدین جهت با اذن ولیّ یا قیم نافذ خواهد بود.

### ۲۲۲. تعارض مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق. م.

مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق. م. به ظاهر با هم تعارض دارند. به موجب ماده ۲۱۲ «معامله با

اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، به واسطه عدم اهلیت، باطل است»، ولی بر طبق ماده ۲۱۳ «معامله محجورین غیرنافذ است».

اگر باطل در ماده ۲۱۲ و غیرنافذ در ماده ۲۱۳ به معنای خاص خود حمل شود، تعارض دو ماده آشکار خواهد شد؛ اما از آنجا که قانون‌گذار علی‌الاصول دو حکم متعارض وضع نمی‌کند، باید برای رفع تعارض تدبیری اندیشید. در این زمینه نظریه‌های مختلفی ارائه شده است:

۱. بعضی گفته‌اند ماده ۲۱۲ ناظر به بطلان به معنی خاص معاملات صغیر، مجنون و سفیه است، لیکن بطلان معاملات صغیر ممیز و سفیه در صورتی است که استقلالی ـ یعنی با منع یا رد آن معاملات از سوی ولیّ ـ باشد.[1] اما اگر این اشخاص بدون منع ولیّ معاملاتی انجام دهند، معاملات مزبور غیرنافذ خواهد بود و این‌گونه معاملات، موضوع ماده ۲۱۳ بوده است. اشکال این نظریه آن است که کلمه محجورین در ماده ۲۱۳ باید به محجورین ممیز (صغیر ممیز و سفیه) حمل شود و این معنی با اطلاق کلمه سازگار نیست.

۲. بعضی از استادان حقوق در رفع تعارض گفته‌اند مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ به اجمال از اهلیت دو طرف معامله سخن گفته‌اند و در جلد دوم قانون مدنی (مواد ۱۲۰۷ به بعد) قانون‌گذار به بیان کامل آن پرداخته است و در واقع رابطه بین دو ماده یاد شده و مواد ۱۲۰۷ به بعد رابطه مجمل و مبین است. ماده ۲۱۳ احتمالاً ناظر به محجورانی غیر از صغیر، سفیه و مجنون است، مانند مفلس، راهن و مریض که حجر آنها در فقه مطرح شده و آنان به خاطر مصلحت دیگران از تصرف در مال خود ممنوع شده‌اند و عمل آنان هیچ‌گاه باطل نیست، بلکه غیرنافذ است و نفوذ آن موقوف به اجازه طلبکاران و مرتهن و وارث است.[2]

این تفسیر تعارض بین دو ماده را رفع می‌کند، لیکن این اشکال را باقی می‌گذارد که چرا قانون‌گذار در ماده ۲۱۲ معاملات صغیر، مجنون و سفیه را در یک ردیف قرار داده و همه را باطل اعلام کرده است. از آنجا که معاملات همه این اشخاص نمی‌تواند باطل به معنی خاص کلمه باشد، چاره‌ای جز این نیست که بگوییم در این ماده باطل به

۱. شهیدی، مهدی؛ «تشکیل قراردادها و تعهدات»، نشر *حقوقدان*؛ ۱۳۷۷، ش ۲۱۷، ص ۲۷۲.
۲. *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۲۹۳، ص ۱۳.

معنی عام به کار رفته که در فقه هم سابقه داشته است.

۳. ممکن است گفته شود ماده ۲۱۲ ناظر به معامله شخص «اهل» با محجور است و ماده ۲۱۳ معامله از جانب محجور را در نظر دارد.

توضیح آنکه در معامله با محجور معمولاً یک طرف معامله دارای اهلیت و طرف دیگر محجور است، ولی چون معامله یک رابطه حقوقی است که نمی‌تواند از یک طرف درست و از طرف دیگر نادرست باشد، معامله با محجور از هر دو طرف باطل یا غیرنافذ است و قانونگذار در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ به همین نکته نظر داشته است. البته بنابر این تفسیر، باید بطلان در ماده ۲۱۲ و عدم نفوذ در ماده ۲۱۳ را به معنی عام (نادرست و غیرمؤثر) گرفت و برای بیان مطلب و تشخیص اینکه معامله در کدام مورد باطل به معنی خاص و در کجا غیرنافذ به معنی خاص است به مواد دیگر قانون مدنی و اصول و قواعد حقوقی رجوع کرد.

از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که هیچ‌یک از تفسیرها و نظریه‌های مذکور کاملاً اشکال و ابهام را رفع نمی‌کند و در واقع باید گفت این دو ماده مبهم هستند و به اصلاح نیاز دارند.

### ۲۲۳. چند مسئله مورد اختلاف

چنانکه گفتیم، صغیر ممیز اصولاً می‌تواند با اذن ولیّ اعمال حقوقی انجام دهد و معاملاتی که بدون اذن ولیّ انجام داده، غیرنافذ است که ولیّ می‌تواند با رعایت مصلحت محجور آن را تنفیذ (اجازه) یا رد کند؛ لیکن اعمال حقوقی صرفاً نافع، مانند قبول هبه و حیازت مباحات، به اذن ولیّ نیاز ندارد و بدون اذن او هم نافذ است. معاملات صرفاً زیانبار صغیر ممیز را هم باید باطل تلقی کرد. به هرحال، مصلحت محجور در این زمینه نقش اساسی دارد و یک ضابطه مهم در تشخیص معاملات نافذ و غیرنافذ صغیر ممیز به شمار می‌آید.

با وجود این، تشخیص صحت و بطلان یا نفوذ و عدم نفوذ معاملات صغیر ممیز همیشه آسان نیست و پاره‌ای از اعمال حقوقی او محل بحث و اختلاف است. جای بحث تفصیلی از هر یک از این اعمال در بخشهای دیگر حقوق مدنی است؛ ولی برخی از مسائل مورد اختلاف را که از اهمیت بیشتری برخوردار است در اینجا به اختصار مورد بررسی قرار می‌دهیم.

## ۲۲۴. قبول وکالت

در اینکه آیا صغیر ممیز می‌تواند سمت وکالت را قبول نماید اختلاف‌نظر وجود دارد. بعضی گفته‌اند قبول وکالت از طرف صغیر ممیز بلامانع است، زیرا این یک عمل صرفاً نافع است و صغیر بدین‌وسیله تجربه کسب می‌کند، بدون اینکه تعهدی برای خود ایجاد نماید. این نظریه به تبعیت از فقه حنفی در ماده ۱۴۵۸ *المجله* منعکس شده است.

بعضی از استادان حقوق ایران نیز همین نظریه را پذیرفته و چنین استدلال کرده‌اند که آنچه برای صغیر ممیز ممنوع است تصرف در اموال خود اوست، نه تصرف در اموال دیگران با اجازه مالکان آنها، مگر اینکه به‌طور غیرمستقیم برای او ایجاد تعهد و مدیونیت نماید.[۱] بر طبق این نظر صغیر ممیز می‌تواند، حتی بدون اذن ولیّ، وکالت دیگری را قبول کند و به طریق اولی می‌تواند وکیل خود ولیّ باشد.

برخی از فقیهان امامیه نیز این نظر را پذیرفته‌اند،[۲] لیکن قبول این نظر در حقوق امروز دشوار است، زیرا:

اولاً، قبول وکالت، عمل صرفاً نافع نیست، چه ممکن است صغیر نتواند تعهدات ناشی از وکالت را انجام دهد و به دیگر سخن، در اجرای تعهدات خود مرتکب تقصیر گردد و بدین سبب مسئول شناخته شود؛

ثانیاً، از ظاهر مواد ۶۶۲ و ۶۸۲ ق. م. که اهلیت را در وکیل شرط می‌دانند چنین برمی‌آید که صغیر ممیز نمی‌تواند بدون اذن ولیّ وکالت قبول کند؛

ثالثاً، منطقی و به مصلحت نیست که صغیر بتواند اعمالی را به وکالت و به حساب دیگران انجام دهد که برای خود نمی‌تواند انجام دهد.

در تأیید این نظر می‌توان به گفته برخی از فقیهان امامیه استناد کرد.[۳] پاره‌ای از استادان حقوق نیز این نظر را پذیرفته‌اند.[۴] بنابراین می‌توان گفت صغیر ممیز نمی‌تواند بدون اذن ولیّ وکالت قبول نماید و این عمل بدون اذن ولیّ غیرنافذ است، مگر قبول وکالت در اعمال صرفاً نافع که صغیر ممیز برای آن اهلیت دارد. البته وکالت صغیر از

---

۱. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۲، ص ۲۱۷. ۲. *مصباح الفقاهة*؛ ج ۳، ص ۲۵۹ و ۲۶۰.

۳. محقق در شرائع می‌گوید: الوکیل یعتبرفیه البلوغ و کمال العقل و کل ماله ان یلیه بنفسه و تصح النیابة فیه صحّ ان یکون وکیلا ...»، (*شرائع‌الاسلام*؛ چاپ گراوری، ص ۱۴۹).

۴. *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۳۰۱، ص ۲۳.

طرف ولیّ هم نافذ است، زیرا ولیّ با دادن وکالت به مولی‌علیه، در واقع، در قبول وکالت به او اذن می‌دهد.

### ۲۲۵. قبول عاریه

آیا صغیر ممیز می‌تواند عاریه قبول نماید؟ برخی از استادان حقوق گفته‌اند صغیر ممیز می‌تواند عاریه بگیرد.[۱] در تأیید این نظر ممکن است گفته شود که این عمل صرفاً نافع و مانند قبول هبه و حیازت مباحات است و از این‌رو مشمول بند دوم ماده ۱۲۱۲ ق. م. است. به‌علاوه با قبول عاریه، صغیر ممیز در مال خود تصرف نمی‌کند و آنچه بر او ممنوع است تصرف در اموال خود اوست؛ لیکن این نظر قابل ایراد است، زیرا با قبول عاریه، مال مورد عاریه برای انتفاع مجانی در اختیار صغیر قرار می‌گیرد و ممکن است او، چنان‌که باید، نتواند آن را حفظ کند و بدین جهت مسئول شناخته شود. پس نمی‌توان آن را با قبول هبه که یک عمل صرفاً نافع است و هیچ‌گونه تعهد و مسئولیتی برای صغیر غیرممیز ایجاد نمی‌کند قیاس کرد. همچنین قبول عاریه با قبول حق انتفاع، حق ارتفاق و وقف خاص قابل قیاس نیست، زیرا در این اعمال مال به تصرف صغیر داده نمی‌شود و به وسیله ولیّ اداره می‌شود، برخلاف مال مورد عاریه که به منظور استفاده شخصی در اختیار صغیر قرار می‌گیرد و به همین جهت اذن ولیّ در این مورد لازم است.[۲]

در *المجله* (ماده ۸۰۹) نیز تصریح شده است که صغیر مأذون می‌تواند عاریه بدهد و عاریه بگیرد. به هر حال، چون قبول عاریه عمل صرفاً نافع نیست، بلکه عملی است که احتمال سود و زیان دارد، به اذن ولیّ نیاز دارد و بدون اذن ولیّ غیرنافذ است.

### ۲۲۶. قبول ودیعه

بعضی از استادان حقوق گفته‌اند صغیر ممیز می‌تواند ودیعه قبول کند،[۳] شاید بدین تصور که قبول ودیعه تصرف در مال خود صغیر نیست، پس در قلمرو اعمالی که مشمول

---

۱. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۵۲.
۲. *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۳۰۱، ص ۲۲.
۳. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۵۲.

حجر صغیر است قرار نمی‌گیرد؛ لیکن این نظر نیز قابل ایراد است، زیرا قبول ودیعه، که صغیر را متعهد به نگاهداری مال غیر می‌کند، یک عمل صرفاً نافع نیست، چه ممکن است صغیر به علت تقصیر در حفظ مال مسئول شناخته شود. به‌علاوه ممکن است نیروی کار صغیر ممیز بدون فایده عقلایی برای حفظ مال مورد ودیعه تلف شود که این خود نوعی ضرر است؛ بنابراین، بر طبق قاعدهٔ کلی، قبول ودیعه از سوی صغیر ممیز بدون اذن ولیّ باید غیرنافذ باشد. ماده ۶۱۰ ق. م. هم در این باره قابل استناد است. در فقه امامیه نیز بلوغ را در معیر و مستعیر شرط دانسته‌اند[1] و از آن چنین برمی‌آید که صغیر ممیز در قبول ودیعه آزاد نیست. از ماده ۷۷۶ *المجله* نیز استنباط می‌شود که قبول ودیعه از سوی صغیر ممیز به اذن ولیّ نیاز دارد و بدون اذن او غیر نافذ است.

## ۲۲۷. قرارداد کار

آیا صغیر ممیز می‌تواند بدون اذن ولیّ با دیگری قرارداد کار منعقد کند و اجیر شود؟

بعضی از استادان حقوق گفته‌اند صغیر ممیز می‌تواند منافع خود را به غیر واگذار کند، زیرا منافع انسان آزاد از اموال او محسوب نمی‌شود.[2] این نظر قابل ایراد است، زیرا:

اولاً، کار و منفعت شخص هم مال است و این عمل یک نوع تصرف مالی به‌شمار می‌رود که صغیر از آن ممنوع است.

ثانیاً، واگذاری منافع، یک عمل صرفاً نافع نیست، تا مشمول قسمت اخیر ماده ۱۲۱۲ ق. م. باشد، چه ممکن است صغیر به رایگان یا در ازای اجرت نامناسب نیروی کار خود را در اختیار دیگری بگذارد.

ثالثاً، به موجب ماده ۸۵ ق. ا. ح. «ولیّ یا قیم می‌تواند در صورتی که مقتضی بداند به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه بدهد و در این صورت اجازه نامبرده شامل لوازم آن کار و پیشه هم خواهد بود». از این ماده برمی‌آید که صغیر فقط می‌تواند با اذن ولیّ قرارداد کار منعقد کند و در غیر این صورت عمل او غیر نافذ خواهد بود.

---

۱. و یعتبر فیها مایعتبر فی سایر العقود من بلوغ المتعاقدین و عقلهما و رشدهما و اختیارهما و قصدهما (مامقانی، عبدالله؛ *مناهج المتقین*؛ ص ۲۲۹).

۲. امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۵، ص ۲۵۲.

رابعاً، از بند ج ماده ۹ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ که برای صحت قرارداد کار، «عدم ممنوعیت قانونی و شرعی در تصرف اموال» را شرط کرده است چنین برمی‌آید که صغیر ممیز که ممنوع از تصرف در اموال است نمی‌تواند به‌طور استقلالی قرارداد کار ببندد.

سؤال دیگر این است که آیا ولیّ می‌تواند بدون موافقت صغیر ممیز قرارداد کار برای او منعقد کند؟

اصولاً بر طبق قواعد کلی ولیّ می‌تواند برای مولی‌علیه خود قرارداد منعقد کند، اما پذیرفتن این قاعده با تحول حقوق کار و شخصی بودن قرارداد کار که در حقوق کار جدید پذیرفته شده است سازگار نیست؛[1] بنابراین می‌توان گفت انعقاد قرارداد کار به رضای صغیر و اذن ولیّ نیاز دارد.

مسئله دیگری که می‌توان مطرح کرد این است که آیا با وجود ماده ۷۹ قانون کار که به کار گماردن افراد کمتر از ۱۵ سال را ممنوع اعلام کرده است و با توجه به اینکه صغیر در حقوق امروز به کسی گفته می‌شود که به سن ۱۵ یا ۹ سال تمام قمری نرسیده باشد، آیا می‌توان قرارداد صغیر ممیز با اذن ولیّ را صحیح و نافذ دانست؟

به نظر می‌رسد که ممنوعیت مقرر در ماده ۷۹ قانون کار فقط دارای ضمانت اجرای کیفری است و ماده ۱۷۶ همان قانون برای متخلفان جزای نقدی و در صورت تکرار تخلف حبس از ۹۱ تا ۱۸۰ روز تعیین کرده است، لیکن قراردادی که صغیر ممیز با اذن ولیّ می‌بندد، یا ولیّ به نمایندگی قانونی از او منعقد می‌نماید، بر طبق ضوابط حقوق مدنی، نافذ است.

## ۲۲۸. ازدواج

شک نیست که صغیر ممیز نمی‌تواند بدون اذن ولیّ ازدواج کند. از سوی دیگر در حقوق امروز، به تبعیت از فقه اسلامی، به ولیّ قهری (پدر و جد پدری) اختیار داده شده است که با رعایت مصلحت محجور برای او عقد نکاح ببندد. افزون بر آن، برای ازدواج دختر پیش از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر پیش از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی اجازهٔ دادگاه هم لازم بوده و تشخیص رعایت مصلحت با دادگاه است (مادهٔ ۱۰۴۱ اصلاحی ق. م. که در ۸۱/۴/۱ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است).

مسئله قابل بحث این است که آیا صغیر ممیز می‌تواند با اذن ولیّ ازدواج کند و به

۱. عراقی، عزت‌الله؛ حقوق کار؛ ج ۱، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

دیگر سخن، با اذن ولی صیغهٔ عقد را برای خود جاری کند. این مسئله در فقه امامیه نیز محل بحث و اختلاف است. برخی از فقیهان ایجاب یا قبول صغیر (ممیّز و غیرممیّز) را باطل دانسته‌اند. زیرا، به اعتقاد آنان عبارت کودک در نکاح و عقود دیگر اعتباری ندارد.[1] ولیّ، شماری از آنان عقد صغیر ممیز را غیر نافذ تلقّی کرده‌اند. زیرا، دلیلی بر بی‌اعتباری عبارت کودک ممیز (که دارای ارادهٔ حقوقی است) وجود ندارد و ولی صغیر یا خود او پس از بلوغ و رشد می‌تواند آن را تنفیذ یا رد کند. پس، عقدی که کودک ممیّز با اذن ولی می‌بندد، نافذ و معتبر است.[2]

با توجه به آنچه به‌طور کلی در مورد اعمال حقوقی صغیر ممیز گفتیم، به‌ویژه چون صغیر ممیز «مسلوب‌العبارة» و فاقد اراده حقوقی نیست و اعمال حقوقی مستقل او اصولاً غیر نافذ است، نظریه اخیر در حقوق امروز بیشتر قابل قبول است.[3]

## بند سوم: مسئولیت مدنی صغیر

### ۲۲۹. ماده ۱۲۱۶ ق. م.

هرگاه صغیر، اعم از ممیز و غیرممیز، زیانی به دیگری وارد کند، مسئول است. ماده ۱۲۱۶ ق. م. مقرر می‌دارد «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیررشید باعث ضرر غیر شود، ضامن است». این ماده از فقه اسلامی اقتباس شده است. در فقه مسئولیت مدنی صغیر، بدون تفکیک بین اتلاف و تسبیب، مورد قبول قرار گرفته است. به گفتهٔ فقیهان اسلام در احکام وضعی مانند مواریث و دیات و ضمان ناشی از غصب و اتلاف، بلوغ و عقل شرط نیست[4] و به تعبیر دیگر گفته‌اند حجر صغیر در اسباب فعلیه مؤثر نیست و به اسباب

---

۱. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۹، ص ۱۴۳.

۲. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۲۴۹، مسئلهٔ ۱۱؛ و نیز ر. ک.: *عروةالوثقی*، ج ۲، کتاب نکاح، فصل عقد و احکام آن، ص ۸۵۴، مسئلهٔ ۱۳.

۳. ر. ک.: *حقوق خانواده*؛ ج ۱، ش ۶۳، ص ۸۶ و ۸۷.

همچنین برای مطالعه بیشتر در حقوق کشورهای عربی رجوع کنید به: *احکام الاسرة فی الاسلام*؛ ص ۱۲۶ تا ۱۳۷.

۴. *عناوین*؛ عنوان ۸۲، ص ۳۸۰؛ عنوان ۸۵، ص ۳۸۶ و *القواعد الفقهیة*؛ ج ۴، ص ۱۷۴ و ۱۷۵ و انصاری، شیخ مرتضی؛ *مکاسب*؛ فصل شروط متعاقدین، ص ۱۱۴ و ۱۱۵.

قولیه یعنی عقود و ایقاعات منحصر است.[۱]

اگر مبنای مسئولیت مدنی در تسبیب، چنان‌که بیشتر حقوقدانان گفته‌اند، تقصیر باشد، این ایراد مطرح می‌شود که صغیر غیرممیز و مجنون، از آنجا که درک و تمیز ندارند، مقصر محسوب نمی‌شوند، زیرا تقصیر فرع بر وجود درک و تمیز است؛ بنابراین ماده ۱۲۱۶ که صغیر غیرممیز و مجنون را هم مسئول شناخته است در مورد تسبیب با قواعد عمومی مسئولیت مدنی وفق نمی‌دهد و برخلاف اصل است. حتی می‌توان گفت مسئول شناختن صغیر غیرممیز و مجنون، غیرمنطقی و غیرعادلانه است، زیرا در حالی که قانون مدنی در مورد زیانهای غیرمستقیم (تسبیب) شخص کبیر و عاقل، ارتکاب تقصیر را شرط مسئولیت قرار داده، صغیر غیرممیز و مجنون را در این‌گونه موارد، بدون تقصیر مسئول شناخته و در واقع نسبت به این محجورین که به حمایت بیشتری نیاز دارند سختگیرتر شده است و این قابل توجیه و عادلانه نیست.[۲]

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت تقصیر در مسئولیت مدنی مفهوم نوعی دارد که عبارت است از رفتار غیرمتعارف؛ بنابراین به قوه درک و تمیز نیاز ندارد. به عبارت روشن‌تر برای تشخیص اینکه کودکی مقصر است یا نه باید رفتار او را با رفتار یک انسان بالغ و عاقل مقایسه کرد، نه با رفتار کودکان.[۳] بنابر این نظر، صغیر غیرممیز و مجنون هم می‌توانند مقصر و مسئول به شمار آیند و این راه‌حل متضمن حمایت بیشتری از زیان‌دیده است.[۴]

---

۱. شهید اول؛ *قواعد*؛ ص ۲۲۳.

۲. صفائی، حسین؛ «مسئولیت مدنی ناشی از فعل زیان‌آور صغیر و مجنون»، *مجله حقوقی وزارت دادگستری*؛ ۱۳۵۶، ش ۱۶، ص ۵۵ و ۵۶.

۳. کاتوزیان؛ *مسئولیت مدنی*؛ ش ۱۰۵، ص ۱۹۱.

۴. رأی وحدت رویه شمارهٔ ۱/۶۰ مورخ ۱۳۶۰/۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «مطابق مواد ۱۲۱۶ و ۱۱۸۳ قانون مدنی در صورتی که صغیر باعث ضرر غیر شود خود ضامن و مسئول جبران خسارت است و ولیّ او به علّت عدم اهلیّت صغیر نمایندهٔ قانونی وی می‌باشد. بنابراین جبران ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه جزا به عهدهٔ شخص متهم صغیر است و محکومٌ‌به مالی از اموال خود او استیفا خواهد شد. بنا به مراتب مذکور، رأی شعبهٔ دوم دیوان عالی کشور از نظر توجّه مسئولیت جبران خسارت ناشی از جرم به شخص صغیر صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی طبق مادهٔ واحدهٔ قانون مربوط به وحدت رویّهٔ مصوب ۱۳۲۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم الاتباع است».

**۲۳۰. ماده ۷ ق. م. م.**

ماده ۷ ق. م. م. مصوب ۱۳۳۹ دربارهٔ مسئولیت مدنی صغیر و سرپرست او قواعد تازه‌ای آورده و چنین مقرر داشته است «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر، قانوناً یا برحسب قرارداد، برعهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان نباشد».

بحث تفصیلی از این ماده از حوصله این کتاب خارج و مربوط به درس مسئولیت مدنی است.[1] با وجود این شایسته است در اینجا به دو نکته اشاره نماییم:

۱. این ماده که از حقوق خارجی به‌ویژه حقوق سویس الهام گرفته است، در راه حمایت از زیان‌دیده، یک نوع مسئولیت تضامنی پیش‌بینی کرده است، یعنی جبران زیان وارده به وسیله مجنون یا صغیر را در درجه نخست برعهده سرپرست محجور، به شرط تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، و در صورت عدم استطاعت او برعهده خود محجور گذارده است.

۲. برخی از استادان حقوق به منظور ایجاد هماهنگی بین این ماده و قواعد قانون مدنی و فقه اسلامی گفته‌اند که این ماده ناظر به صغیر غیرممیز است و چون در صورت تقصیرِ سرپرست در نگاهداری یا مواظبت، سبب اقوی از مباشر محسوب می‌شود، از این‌رو جبران خسارت در درجه اول بر عهده سرپرست می‌باشد؛ اما در مورد صغیر ممیز، چون مباشر اقوی است، مسئولیت بر عهده خود صغیر خواهد بود.[2]

لیکن به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با الهام از حقوق سویس و به منظور حمایت از زیان‌دیده و با توجه به اینکه معمولاً صغیر، مالی برای جبران خسارت ندارد، تفاوتی بین صغیر غیرممیز و صغیر ممیز قائل نشده و در هر دو مورد سرپرست مقصر را در درجه اول مسئول شناخته است. اطلاق کلمه صغیر در ماده ۷ نیز مؤید این نظر است.

---

۱. برای مطالعهٔ بیشتر رجوع کنید به: قاسم‌زاده، سیّد مرتضی؛ «مسئولیّت مدنی شخص غیرممیّز»؛ *فصلنامهٔ دیدگاههای حقوقی*، س ۱، ش ۲، ص ۸۷ به بعد.

۲. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۵۳ و ۲۵۴.

## مبحث دوم: غیررشید و حدود حجر او

در این مبحث مفهوم غیررشید (بند اول)، اعمال حقوقی غیررشید (بند دوم) و مسئولیت مدنی غیر رشید (بند سوم) مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### بند اول: مفهوم غیررشید

**۲۳۱. تعریف**

واژهٔ غیررشید با سفیه مترادف است.[۱] سفیه در لغت به معنی جاهل و احمق است و در فقه و حقوق مدنی به کسی سفیه می‌گویند که عادت او اسراف و تبذیر در خرج است و تصرفات مالی او عاقلانه نیست.

صاحب *شرائع* می‌گوید سفیه کسی است که اموال خود را در غیر اغراض صحیح (راههای عقلایی) صرف می‌کند[۲] و ملکه[۳] یا صفت و حالتی[۴] در او وجود ندارد که موجب حفظ و نگهداری اموالش شده و مانع صرف آنها در راههای غیرعقلایی گردد؛ بنابراین کسی که اموال خود را به‌طور متعارف و به شیوه عقلا مصرف نمی‌کند و در معاملاتش به سود و زیان و نیرنگ و فریب توجه ندارد و اموال خود را در راههای ناشایسته صرف می‌کند سفیه یا غیررشید نامیده می‌شود. مفهوم

---

۱. برخی از حقوقدانان غیررشید را اعم از سفیه می‌دانند (*قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۳۰۸، ص ۳۶).

مؤلف اظهارنظر کرده است که: «غیررشید کسی است که بعد از بلوغ نیز شایستگی اداره اموال خود را ندارد، خواه در امور غیرمالی نیز رشد کافی پیدا کرده باشد، یا عقب‌مانده به‌شمار آید، لیکن سفیه به غیررشیدی گفته می‌شود که تنها عقل معاش ندارد و در سایر زمینه‌ها، زندگی متعارف می‌کند»، (*همان‌جا*)، ولی این نظر با تعریف غیررشید در ماده ۱۲۰۸ ق. م. و تعبیرهای فقیهان امامیه سازگار نیست.

۲. *شرائع‌الاسلام*؛ ج ۲، ص ۱۰۱.

۳. *شرح لمعه*؛ ج ۱، ص ۴۱۶ و *تحریرالمجلة*؛ ج ۳، ص ۱۶۹.

۴. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۵.

سفیه شامل مُبذّر، مُسرف و مُغفّل می‌شود.[1]

تبذیر معمولاً به معنی اسراف به کار می‌رود، اما بعضی از فقیهان بین اسراف و تبذیر فرق گذاشته و گفته‌اند اسراف صرف مال در راه شایسته و زاید بر مقدار شایسته است و تبذیر صرف مال در راه ناشایسته است.

مُغفّل کسی است که به علت سادگی و ابله بودن از تصرفات عاقلانه در اموال خود ناتوان باشد و آن به دلیل ضعف عقل است و چنین کسی به تبذیر کننده و اسراف کننده ملحق می‌شود؛ بنابراین سفه یا ناشی از ضعف عقل است یا ناشی از ضعف اراده.

باید توجه داشت که سفیه کسی است که معمولاً و غالباً تصرفات غیرعاقلانه دارد و اگر شخصی گهگاه در اموال خود غیرعاقلانه تصرف بکند یا در معاملاتش به‌ندرت گول بخورد غیررشید محسوب نمی‌شود. فقیهان گفته‌اند صرف مال در راه حرام نیز دلیل بر سفه است، یعنی اگر کسی غالباً اموالش را در راه حرام صرف کند سفیه است.

برخی از فقیهان گفته‌اند رشد، صلاح در دین و در مال است و فاسق در این معنی سفیه به‌شمار می‌آید؛ اما همان‌طور که گفتیم، مشهور آنان این عقیده را قبول ندارند (ر.ک.: ش ۲۱۱) و عدالت را در مفهوم رشد دخالت نمی‌دهند.

به هرحال، تشخیص رشید از غیررشید با معیارهای پذیرفته شده در عرف امکان‌پذیر است و قاضی باید در این باره به عرف رجوع نماید.[2] قانون مدنی به پیروی از فقه، غیررشید را چنین تعریف کرده است «غیررشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد»، (ماده ۱۲۰۸).

---

۱. محمصانی، صبحی؛ *النظریة العامة للموجبات و العقود فی‌الشریعة الاسلامیة*؛ ج ۲، ص ۱۲۳، ۱۲۴.

برخی از حقوقدانان گفته‌اند مراد از سفیه شخص مبذّر و متلف است (*حقوق مدنی ایران*؛ ش ۳۶۴، ص ۸۶۶).

۲. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۴۸ و ۴۹.

### ۲۳۲. فرق بین غیررشید و صغیر ممیز

غیررشید اغلب، به کسی گفته می‌شود که پس از بلوغ، رشد کافی را به‌دست نیاورده یا پس از تحصیل رشد آن را از دست داده است،[۱] در صورتی که صغیر ممیز کسی است که هنوز به سن بلوغ نرسیده، ولی تاحدی قدرت درک و تشخیص و تمیز سود و زیان در معاملات را به‌دست آورده است. البته هر غیرممیزی غیررشید هم هست، ولی هیچ ممیزی پیش از بلوغ رشید محسوب نمی‌شود.

می‌توان گفت در مرحله تمیز، شخص سود و زیان را از هم تشخیص می‌دهد، اما این تشخیص در او به صورت ملکه در نیامده است؛ اما رشد یک ملکه و کیفیت نفسانی است که پس از بلوغ در انسان حاصل می‌شود. به هر حال رشد مرحله‌ای از تکامل انسان است که پس از تمیز و بلوغ پدید می‌آید و در این مرحله درک، شعور، تواناییهای فکری و دماغی انسان نوعاً بیش از مرحله پیشین است.

قابل ذکر است که ماده ۸۶ ق. ا. ح. کلمه «محجور ممیز» را به کار برده که غیر از صغیر ممیز است و شامل غیررشید (سفیه) هم می‌شود؛ به دیگر سخن ممیز در این ماده اعم از صغیر ممیز است.

### ۲۳۳. نقش حکم دادگاه در حجر سفیه

عدم رشد سفیه ممکن است به ایام صغر او متصل باشد یا شخص پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد، این صفت را از دست بدهد و محجور گردد (بند ۲ و ۳ ماده ۱۲۱۸ ق. م.). در فقه نیز این تفکیک را قائل شده‌اند که آثاری بر آن مترتب است.[۲]

در مورد غیررشیدی که عدم رشد او به زمان صغر متصل باشد، به حکم حجر نیازی نیست؛[۳] زیرا رشد امری حادث است که به اثبات و احراز نیاز دارد و در صورت عدم احراز رشد، حالت سفه و حجر استصحاب می‌شود؛ اما در مورد

۱. ر.ک.: قاسم‌زاده، سیّد مرتضی؛ *اصول قراردادها و تعهدات*؛ ش ۱۰۸، ص ۹۶.

۲. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۵.

۳. *همان‌جا* و *الحدائق الناضرة فی‌احکام العترة الطاهرة*؛ ج ۲۰، ص ۳۶۱ و ۳۶۲.

سفیهی که بعد از احراز بلوغ و رشد، به سفه مبتلا شده و عدم رشد او به زمان کودکی متصل نیست این بحث مطرح شده که آیا حجر او به حکم دادگاه نیاز دارد یا نه. ظاهراً قول مشهور فقیهان اسلام بر این است که حجر این‌گونه سفیه با حکم دادگاه برقرار می‌شود.[1] در تأیید این نظر استدلال کرده‌اند به اینکه احراز حالت سفه دشوار است و بدین‌جهت به رسیدگی قضایی نیاز دارد. به‌علاوه حکم دادگاه

---

۱. *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*؛ ج ۲۰، ص ۱۵ و *ایضاح الفوائد*؛ ج ۲، ص ۵۵ و ۵۶ و *عیوب الارادة فی الشریعة الاسلامیة*؛ ص ۴۱۲.

نویسنده اخیر این عقیده را به اکثر فقیهان نسبت داده و خلاصه‌ای از دلایل مورد استناد آنها را به ترتیب ذیل نقل کرده است:

۱. حدود تبذیر نزد فقیهان مورد اتفاق نیست و به اجتهاد نیاز دارد؛ بنابراین هرگاه سبب به اجتهاد نیازمند باشد ثابت نمی‌شود، مگر به حکم حاکم، زیرا اوست که می‌تواند حد و مرز تبذیر را محدود و مشخص بکند.

۲. در مورد اینکه آیا شخص می‌تواند اموال خود را نگهداری کند یا توانایی اداره کردن آنها را، به نحو عاقلانه ندارد و به علت عدم نفوذ معاملات و ابطال تصرفاتش به خود ضرر می‌زند، تردید وجود دارد، پس ناگزیر باید یکی از دو عامل را بر دیگری ترجیح داد و کسی که به‌طور جزم حق دارد چنین حکم بکند حاکم است.

۳. عدم اعلان حجر سفیه از طرف حاکم سبب ضرر کسانی است که با او معامله می‌کنند؛ بنابراین به خاطر روشن شدن حالتش و تنفیذ آنچه ولیّ سفیه مقرر داشته است به حکم حاکم نیاز است.

۴. آیه کریمه مقرر می‌دارد «و لاتؤتوا السفهاء اموالکم»، نهی موجود در آیه نهی ارشادی است و هنگام محقق شدن مفهوم سفه در انسان اثر شرعی بر آن مترتب می‌شود که بدون حکم حاکم در تحقق یا عدم تحقق سفه، در امتثال از حکم شرعی اطمینان حاصل نمی‌شود.

۵. حجر یک حکم شرعی است و جز با دلیل شرعی ثابت نمی‌شود. قاضی (حاکم) به آن حکم می‌کند و از مصادر و مجرای شرعی خودش صادر می‌شود.

به عقیده این نویسنده قانون مدنی مصر (ماده ۱۱۳)، عراق (ماده ۹۵) و کویت (شق ۲ ماده ۸۵) از این نظر متابعت کرده است (*عیوب الارادة فی الشریعة الاسلامیة*؛ ص ۴۱۲، ۴۱۳ و زیرنویس ص ۴۰۹).

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*؛ ج ۲۰، ص ۳۵۹ به بعد.

می‌تواند اشخاص ثالث را از سفه مطلع سازد، تا آنان در معاملات خود آن را در نظر بگیرند و در حفظ منافع خود اقدام کنند. نظر دیگر در فقه عامه و خاصه این است که برای تحقق حجر حکم دادگاه لازم نیست و حجر سفیه با ظهور حالت سفه آغاز می‌گردد[1] و از این تاریخ اعمال او نیز غیرنافذ محسوب می‌شود؛ زیرا سفه به خودی خود، مانند جنون، علت حجر است و آیه ۲۸۲ از سوره بقره هم حجر سفیه را متوقف بر حکم دادگاه نکرده است.[2] به نظر می‌رسد که بر طبق این نظر نیز در صورت بروز اختلاف، دادگاه باید حکم به وجود سفه در زمان معین و در نتیجه عدم نفوذ معامله سفیه نماید، ولی در این صورت حکم دادگاه اعلامی خواهد بود نه تأسیسی.

حال ببینیم در حقوق امروز چه راه حلی قابل قبول است. شک نیست که هیچ شخص کبیر و رشیدی را نمی‌توان بدون حکم دادگاه محجور شناخت، لیکن باید دید آیا مبدأ حجر، تاریخ زوال رشد است یا زمان صدور حکم دادگاه؛ به دیگر سخن باید دید حکم دادگاه در این مورد اعلامی است یا تأسیسی. ماده ۷۰ ق. ا. ح. در این باره مقرر می‌دارد «اثر حجر از تاریخ قطعیت حکم مترتب می‌شود، لیکن اگر

---

۱. *تحریرالمجلة*؛ ج ۳، ص ۱۷۰ و شرح لمعه؛ ج ۱، ص ۴۱۸.

کسانی که نفس سفه را برای حجر سفیه کافی می‌دانند به ادله زیر استناد کرده‌اند:

۱. ظاهر آیه شریفه «فان کان الذی علیه الحقّ سفیها» دال بر این است که به مجرد سفیه بودن شخص، ولایت بر او ثابت است و در آن به اینکه به حکم احتیاج است اشاره‌ای نشده است.

۲. حجر از هنگام وجود سبب آن آغاز می‌شود و حکم حاکم نه سبب حجر و نه شرط سبب است بلکه سبب حجر همان تبذیر و اتلاف مال است و هر وقت که سبب موجود باشد ناگزیر مسبب هم موجود می‌شود.

۳. اگر حجر سفیه به نفس سفه نباشد، ممکن است قبل از صدور حکم حجر در اموالش تصرف و آنها را پراکنده کند، پس از باب احتیاط و به منظور نگهداری اموال سفیه باید از حین ظهور سفه محجور شناخته شود و اعمال حقوقی او در امور مالی غیرنافذ باشد (*عیوب الارادة فی‌الشریعة الاسلامیة*؛ ص ۴۱۱).

2. *La protection des incapables*, p. 41.

ثابت شود که علت حجر قبل از تاریخ حجر وجود داشته اثر حجر از تاریخ وجود علت حجر مترتب می‌شود». ماده ۷۱ قانون یاد شده می‌گوید «در مواردی که علت حجر بعد از رشد حادث شده باشد، دادگاه باید ابتدای تاریخ حجر را که بر او معلوم شده است در حکم خود قید نماید».[۱] از این دو ماده چنین برمی‌آید که حکم دادگاه برای احراز حجر سفیهی که عدم رشدش متصل به زمان کودکی نباشد لازم است، ولی این حکم جنبه اعلامی دارد، نه تأسیسی؛ یعنی دادگاه احراز می‌کند که شخص، در زمان معینی در گذشته رشد خود را از دست داده و محجور شده است.

**۲۳۴. سن رشد**

در حقوق اسلام سن خاصی را به عنوان سن رشد معین نکرده‌اند و علت آن نیز روشن است، زمان رشد در افراد مختلف، با توجه به وضع جسمی و روحی آنان، اوضاع و احوال اجتماعی و اقتصادی و حتی تعلیم و تربیت شخص، متفاوت است. البته در قرآن و احادیث رشد قبل از بلوغ نیز به هیچ وجه پذیرفته نشده و برای حصول رشد، بلوغ نیز شرط است (نساء، ۶)؛ تعیین سن رشد به ولیّ یا قاضی واگذار شده است که برحسب مقتضیات زمان و اوضاع و احوال فردی و اجتماعی به احراز رشد اقدام می‌نماید. به همین سبب در تعیین سن رشد بین فقیهان اختلاف پدید آمده است. ابوحنیفه می‌گوید مجرد بلوغ در شخص، اگرچه سفیه باشد، پایان حجر شخص و ولایت مالی بر محجور است، لیکن هرگاه شخص در حین بلوغ سفیه باشد، از باب احتیاط و تأدیب و عمل به ظاهر نص قرآن در عدم تسلیم مال به سفیه، تا هنگام رشد مالش را به او تسلیم نمی‌کنند؛ اما بیشتر از ۲۵ سال تسلیم مال را به تأخیر نمی‌اندازند و اگر شخص به ۲۵ سالگی رسید، در حالی که هنوز سفیه است، اموالش را به او تسلیم می‌کنند؛ زیرا به اعتقاد ابوحنیفه حجر بر کبیر جایز

---

۱. بر طبق حکم تمیزی شماره ۱۴۹۱ مورخ ۱۳۲۹/۹/۱۲ شعبه ۶ دیوان‌عالی کشور «اگر دادگاه در حکم خود ابتدای تاریخ حجر را معلوم نکند، چنین حکمی مخدوش بوده و نقض خواهد شد»، (جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *دانشنامه حقوقی*؛ ج ۱، ص ۶۲۰).

نیست مگر به سبب عته و جنون، و سلب اهلیت از انسان آزاد عاقل یک ضرر معنوی است که به کرامت انسانی لطمه می‌زند و خطر آن بیشتر از ضررهای مالی است که می‌خواهند با محجور شناختن سفیه از آن جلوگیری کنند. اکثر فقیهان و حتی یاران ابوحنیفه برخلاف او به استناد ظاهر قرآن کریم (آیه ابتلاء) عقیده دارند که اگر شخص بالغ شود در صورتی که غیررشید است ولایت مالی بر او تا زمان رشد باقی می‌ماند، بدون اینکه سن معینی را برای رشد تعیین کنند.[۱]

در حقوق رم، ابتدا سن ۱۴ سال برای پسر و ۱۲ سال برای دختر و آنگاه سن ۲۵ سال به عنوان رشد پذیرفته شده بود. برخی از قوانین جدید سن رشد را ۱۹ سال و بعضی ۲۱ سال معین کرده‌اند. قانون قدیم مصر ۱۸ سال و سپس ۲۱ سال را پذیرفت[۲] و در آخرین قانون مدنی مصر مصوب ۱۳۵۳ این سن به ۱۸ سال تقلیل یافت. ماده ۴۶ قانون مدنی سوریه مصوب ۱۹۴۹ نیز ۱۸ سال و قانون احوال شخصیه همان کشور مصوب ۱۹۵۳ در ماده ۱۶۲ خود سن رشد را ۱۸ سال کامل شمسی (همانند قانون مدنی) قرار داد.[۳] این سن در بسیاری از کشورها از جمله فرانسه، انگلیس، اسکاتلند، کشورهای عضو جامعه مشترک‌المنافع (اتحاد جماهیر شوروی سابق) و عراق ۱۸ سال است (ر. ک.: ش ۲۱۶).

در حقوق ایران ماده ۱۲۰۹ ق. م. مقرر می‌داشت «هرکس دارای ۱۸ سال تمام نباشد در حکم غیررشید است. مع‌ذلک در صورتی که بعد از ۱۵ سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می‌شود». این ماده ابتدا به موجب قانون مصوب ۶۱/۱۰/۸ و سپس به موجب اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۷۰/۸/۱۴ حذف گردید. به هرحال در حقوق کنونی ایران سن خاصی برای رشد وجود ندارد، هر چند که در عمل، بر طبق عادت، یا به استناد قانون راجع به

---

۱. *الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ج ۲، ص ۷۸۷ و ۷۸۸.
۲. استاد فتحی زغلول پاشا؛ شرح *القانون المدنی المصری القدیم*؛ ص ۲۸، نقل از: *همان*؛ ج ۲، ص ۷۹۰.
۳. *همان*؛ ج ۲، ص ۷۹۴ و ۷۹۵.

رشد متعاملین، مصوب ۱۳۱۳، سن ۱۸ سال را اماره رشد و خروج از حجر می‌دانند (ر.ک.: ش ۲۱۶).

## بند دوم: اعمال حقوقی غیررشید

### ۲۳۵. محدود شدن حجر سفیه به امور مالی

حجر سفیه محدود به امور مالی است و در امور غیرمالی مانند طلاق سفیه می‌تواند اعمال حقوقی انجام دهد، در صورتی که صغیر ممیز اصولاً هم در امور مالی و هم در امور غیرمالی محجور است و نمی‌تواند با اراده مستقل خویش عمل حقوقی انجام بدهد، مگر در پاره‌ای از موارد که استثنائاً قانون‌گذار به او اجازه داده است. اعمال غیررشید فقط در امور مالی نافذ نیست و باید ولیّ یا قیم آنها را تنفیذ کند و از این جهت مانند صغیر ممیز است. ماده ۱۲۱۴ ق. م. مقرر می‌دارد «معاملات و تصرفات غیررشید در اموال خود نافذ نیست، مگر با اجازه ولیّ یا قیم او، اعم از اینکه اجازه قبلاً داده شده باشد، یا بعد از انجام عمل ...».

در فقه نیز اصولاً اعمال حقوقی مالی سفیه غیرنافذ است[1] و با اذن یا اجازه اولیای قانونی نافذ می‌شود، لیکن باید به این نکته مهم توجه کرد که اعمال حقوقی سفیه نیز مانند صغیر ممیز به سه گروه قابل تقسیم است: اعمال صرفاً مضر، اعمال صرفاً نافع، و اعمالی که احتمال نفع و ضرر دارد.

حکم عدم نفوذ مخصوص اعمال گروه اخیر است که بیشترین معاملات سفیه را تشکیل می‌دهد. البته تنفیذ ولیّ یا قیم در این موارد باید با رعایت مصلحت سفیه باشد (مستفاد از مواد ۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ ق. م.).

اعمال صرفاً نافع به اذن یا اجازه نیازی ندارند و بدون آن نیز نافذ و معتبرند؛ زیرا سفیه دارای اراده حقوقی است و می‌تواند این‌گونه اعمال را انجام دهد. بند

۱. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۱۶، مسئله ۳ و مقداد، فاضل؛ *نضدالقواعد الفقهیة*؛ ص ۳۷۷ و *تحریرالمجلة*؛ ج ۳، ص ۱۷۰.

آخر ماده ۱۲۱۴ ق. م. با این عبارت به این قاعده اشارت دارد «مع‌ذلک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است»، اما اعمال صرفاً مضر ولو با اذن و اجازه ولیّ یا قیم باطل و بلااثر است، زیرا حجر سفیه که مبتنی بر مصلحت اوست بطلان این‌گونه اعمال و عدم اختیار ولیّ را در این مورد اقتضا می‌کند.

**۲۳۶. چند مسئله اختلافی**

برخلاف صغیر ممیز که بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی او محل بحث و اختلاف است، در عدم نفوذ اعمال حقوقی مالی سفیه، به عنوان قاعده کلی اختلاف نیست. هیچ‌یک از اعمال حقوقی غیررشید، جز اعمال صرفاً مضر، باطل نیست، بلکه چنان‌که گفتیم، اعمال حقوقی غیرمالی او نافذ و اعمال حقوق مالی او غیرنافذ است.[۱] با وجود این در چند مسئله اختلاف است که به اختصار از آنها سخن می‌گوییم:

**۱. قبول وکالت، عاریه و ودیعه.** تردیدی نیست که سفیه در اموری که خود می‌تواند انجام دهد می‌تواند به دیگری وکالت بدهد، اما در مورد قبول وکالت بعضی گفته‌اند سفیه در هر امری، حتی در امور مالی، می‌تواند قبول وکالت کند، زیرا با پذیرفتن وکالت، در اموال خود تصرف نمی‌کند، بلکه در اموال دیگران دخالت می‌کند،[۲] مگر اینکه غیرمستقیم برای او ایجاد تعهد نماید؛ ولی این نظر قابل ایراد است، زیرا منطقی و به مصلحت نیست که سفیه در اموری که نسبت به آنها محجور است، یعنی در امور مالی، وکالت قبول کند. به‌علاوه قبول وکالت یک عمل صرفاً نافع نیست، تا سفیه بتواند بدون اذن ولیّ انجام دهد؛ زیرا ممکن است سفیه نتواند تعهدات ناشی از وکالت را انجام دهد

---

۱. چنان‌که اشاره کردیم، تصرفات سفیه را می‌توان به سه گروه تقسیم کرد: اول، تصرفاتی که صرفاً سودمند می‌باشند، مانند قبول هبه، صدقه و وصیت تملیکی. این تصرفات صحیح و معتبر است (قسمت اخیر ماده ۱۲۱۴ ق.م.)؛ دوم، تصرفات مخصوص متعلق به مال که برخی جنبه عبادی دارند، مانند وقف و صدقه و برخی جنبه غیرعبادی مانند ابراء، ازدواج، طلاق و اقرار. مسائل مربوط به این گروه اختلافی است؛ سوم، تصرفات مالی محض مانند خرید و فروش و اجاره که سفیه به‌طور کلی از انجام دادن آنها بدون اذن ولیّ ممنوع است و عمل او غیرنافذ است (*عیوب الارادة فی الشریعة الاسلامیة*؛ ص ۴۱۴ تا ۴۲۴).

۲. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۵۸، ج ۲، ص ۲۱۶ و ۲۱۷.

و درنتیجه، مسئول شناخته شود.

پس در امور مالی سفیه نمی‌تواند وکالت قبول کند مگر با اذن ولیّ و اگر بدون اذن ولیّ اقدام نماید عمل او غیرنافذ است؛ اما چون در امور غیرمالی محجور نیست بدون اذن ولیّ هم می‌تواند وکالت قبول کند (مستنبط از مواد ۶۶۲ و ۶۶۸ ق. م.).

همچنین سفیه به اعتقاد بعضی از استادان حقوق می‌تواند ودیعه و عاریه را بپذیرد،[۱] زیرا پذیرفتن این عقود مستلزم تصرف در اموال خود او نمی‌باشد؛ لیکن قبول این نظر با توجه به دلایلی که در مورد صغیر گفتیم (ر. ک.: ش ۲۲۱) دشوار است و اقوی عدم نفوذ این اعمال بدون اذن ولیّ است.

**۲. قرارداد کار.** ممکن است گفته شود قرارداد کار یک عمل صرفاً نافع است و هیچ‌گونه زیانی برای سفیه ندارد. به‌علاوه در قرارداد کار، سفیه در مال خود تصرف نمی‌کند؛ پس می‌تواند قرارداد کار منعقد کند و در این مورد به اذن ولیّ نیازی ندارد؛ اما اجرت عمل او باید به ولیّ یا قیم تأدیه شود و هرگاه کارفرما حقوق سفیه را به خودش بپردازد، ضامن است؛ زیرا سفیه حق تصرف در اموال خود را ندارد. قرآن کریم نیز از دادن مال به خود سفیه نهی می‌کند،[۲] لیکن این نظر، چنان‌که در مورد صغیر ممیز گفتیم (ر. ک.: ش ۲۲۱) قابل ایراد است؛ زیرا اجاره شخص و قرارداد کار یک قرارداد مالی است که احتمال سود یا زیان دارد، سفیه از این طریق در واقع منافع کار خود را که ارزش مالی و اقتصادی دارد، به دیگری واگذار می‌کند و این عمل ممکن است برای او زیانبار باشد؛ به دیگر سخن این نوع قرارداد صرفاً نافع نیست؛ زیرا سفیه عقل معاش ندارد و ممکن است با انعقاد قراردادِ کار مورد استثمار دیگری قرار بگیرد و به زیان خود اقدام کند؛ پس مشمول بند آخر ماده ۱۲۱۴ ق. م. نمی‌باشد.

**۳. ازدواج.** این مسئله در فقه اسلامی مورد اختلاف است. فقیهان امامیه،[۳]

---

۱. *همان*؛ ج ۵، ص ۲۵۸.

با وجود این ایشان در مورد قبول ودیعه به وسیله محجورین نظر دیگری را پذیرفته، به‌طور مطلق می‌گویند: «در صورتی که مال خود را به محجور بسپارد عقد ودیعه منعقد نمی‌شود»، (*همان*؛ ج ۲، ص ۱۶۶).

۲. «ولاتؤتوا السفهاء اموالکم ...»، نساء، ۵.

۳. *تحریرالوسیلة*؛ ج ۲، ص ۲۵۵، مسئله ۶.

شافعیان[۱] و حنبلیان[۲] برآن‌اند که ازدواج سفیه بدون اذن ولیّ غیرنافذ است، ولی حنفیان آن را یک قرارداد شخصی و غیرمالی دانسته، نافذ و معتبر تلقی می‌کنند.[۳] کسانی که این ازدواج را محتاج به اذن ولیّ می‌دانند، استدلال می‌کنند که چون ازدواج دارای پاره‌ای آثار مالی، از قبیل نفقه و مهر، می‌باشد، سفیه نمی‌تواند، در این مورد دخالت نماید، پس عمل او غیرنافذ است. حنفیان عمل حقوقی غیرمالی ازدواج را از آثار مالی آن تفکیک و مجزا کرده‌اند و می‌گویند در ازدواج عمل سفیه و اراده او بر یک عمل مالی تعلق نمی‌گیرد تا غیرنافذ باشد، چه نفقه از آثار قانونی ازدواج است و ناشی از اراده طرفین نیست. مهر نیز در مواردی که با توافق طرفین تعیین نشده باشد، از آثار مالی نکاح است که قانون آن را بر نکاح بار می‌کند و اراده طرفین در آن مؤثر نیست و در صورت توافق طرفین نیز چون از شرایط صحت نکاح نمی‌باشد، ولیّ می‌تواند آن را تنفیذ یا رد کند. هرگاه ولیّ، مهر تعیین شده را رد کند، مانند موردی است که مهر در عقد معین نشده است؛ یعنی اگر نزدیکی صورت گرفته باشد، به زن مهرالمثل داده می‌شود و اصل عقد باطل نیست.[۴] به هر حال، با توجه به فقه امامیه، نظریه عدم نفوذ ازدواج سفیه بدون اذن ولیّ در حقوق امروز ایران بیشتر قابل قبول است، هر چند که دلایل طرفداران نظریه مخالف خالی از قوت نیست.

## بند سوم: مسئولیت مدنی غیررشید

### ۲۳۷. فقه و قانون مدنی

غیررشید نیز مانند سایر محجورین مسئولیّت مدنی دارد و قانون‌گذار به دلیل عدم رشد وی در امور مالی، امتیازی در این باره برای او قائل نشده است. ماده ۱۲۱۶ ق. م. مقرر می‌دارد «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیررشید باعث ضرر شود ضامن است». این ماده چنان‌که گفته شد (ر.ک.: ش ۲۲۹) مبتنی بر فقه اسلامی است و در فقه در باب ضمان قهری تفاوتی بین رشید و غیررشید نیست و اصولاً فقیهان حجر را مربوط به اقوال

---

۱. *الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۲۹۹ و ۳۲۳.

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: عیوب *الارادة فی الشریعة الاسلامیة*؛ ص ۴۱۸ به بعد.

۳. *همان*؛ ص ۴۱۸ و ۴۱۹.

۴. *حقوق خانواده*؛ ج ۱، چ ۱۰، ش ۷۵، ص ۸۶ و ۸۷.

(اعمال حقوقی) می‌دانند، نه افعال (اعمال زیان‌آور).[1] به‌علاوه سفیه، برخلاف صغیر غیرممیز، دارای عقل و تمیز است، پس مانعی برای مسئولیت مدنی وی وجود ندارد، حتی اگر تقصیر را مبنای مسئولیت تلقی کنیم و در مفهوم تقصیر، بر طبق نظریه سنتی، درک و تمیز را شرط بدانیم.

مسئله‌ای که در اینجا می‌توان مطرح کرد آن است که اگر کسی مال خود را به تصرف سفیه بدهد و سفیه آن مال را تلف کند یا سبب تلف آن شود آیا سفیه مسئول است یا نه. از آنجا که سفیه دارای قدرت تشخیص، درک و تمیز است، باید مسئول تلف مال مزبور باشد. در واقع در اینجا مباشر (سفیه) اقوی از سبب (صاحب مال) است و بدین جهت مسئولیت برعهده مباشر است. این نکته از ماده ۱۲۱۵ ق. م. هم قابل استنباط است، زیرا این ماده فقط صغیر غیرممیز و مجنون را مسئول ناقص یا تلف شدن مالی که به تصرف او داده شده است نمی‌داند و در مورد سفیه ساکت است. از این سکوت که در مقام بیان بوده می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار حکم ماده ۱۲۱۵ را در مورد سفیه جاری ندانسته است.[2] پس سفیه مسئول تلف مال است، اعم از اینکه مالک علم به سفه داشته باشد یا نه. صاحب *جواهر* همین نظر را پذیرفته است؛ لیکن گروهی از فقیهان بین مورد علم و جهل فرق گذارده و اظهارنظر کرده‌اند که اگر سفیه با اذن صاحب مال و علم و آگاهی او به موضوع و حکم، مالی را که به تصرف او داده شده است، تلف کند ضامن نیست، زیرا مالک او را بر مال خود مسلط کرده و این عمل حرمت مال او را ساقط می‌کند و ادله ضمان آن را شامل نمی‌شود.[3]

## مبحث سوم: مجنون و حدود حجر او

در این مبحث، مفهوم، اقسام، اعمال حقوقی و مسئولیت مدنی مجنون را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

---

۱. ان الحجر یقع علی الاقوال دون الافعال (*الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ج ۲، ش ۴۲۴، ص ۷۵۷ و ۷۵۸).

همچنین رجوع کنید به: ش ۱۹۸.

۲. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۵۹.

۳. *جواهرالکلام*؛ ج ۲۶، ص ۹۸ به بعد.

## بند اول: مفهوم مجنون

### ۲۳۸. تعریف

مجنون کسی است که قوه عقل و درک ندارد و به اختلال کامل قوای دماغی مبتلاست؛ به عبارت دیگر، مجنون مختل‌المشاعر است. صاحب مسالک گفته است جنون اقسامی دارد که جامع بین آنها فساد عقل است، در صورتی که مستقر بوده، زودگذر مانند اغما نباشد. برخی از فقیهان در تعریف جنون گفته‌اند جنون فساد عقل است و تباه شدن و اختلال آن.[1]

مجنون و سفیه را نباید یکی پنداشت، زیرا سفیه شخص عاقلی است که نمی‌تواند امور مالی خود را اداره کند، ولی به اختلال کامل قوای دماغی مبتلا نیست.[2]

در فقه حنفی بین مجنون و معتوه (مجنون نسبی)[3] فرق گذاشته‌اند. ماده ۹۷۸ *المجله* معتوه را در تمامی احکام در حکم صغیر ممیز قرار داده است؛[4] اما در فقه امامیه چنین تفکیکی دیده نمی‌شود و چیزی به عنوان مجنون نسبی شناخته نشده است.

### ۲۳۹. درجات جنون

جنون عرفاً دارای درجاتی است و برخی از دیوانگان حالت خطرناکی دارند، در صورتی که برخی دیگر بی‌آزار و آرام هستند و حتی گاهی به صورت ناشناخته در

---

۱. برای دیدن تعاریف مختلف رجوع کنید به: *عوائدالایام*؛ ص ۱۷۹.

۲. بعضی از فقیهان در فرق بین جنون و سفه گفته‌اند «الجنون فساد العقل و ضیاعه و خلله و اختلاله والسفاهة خفة العقل و ردائته و نقصانه و سخافته». (*همان*؛ ص ۱۷۷ به بعد).
ان المجنون هو فاسدالعقل و ضایعه و السفیه هو خفیف العقل و ناقصه (*همان*؛ ص ۱۸۳).

۳. در ماده ۹۴۵ *المجله*، معتوه چنین تعریف شده است «المعتوه هوالذی اختل شعوره بان کان فهمه قلیلاً و کلامه مختلطاً و تدبیره فاسداً».

۴. ر. ک.:*دررالحکّام*؛ ج ۹، ص ۶۲۸.

جامعه به‌سر می‌برند. در برخی از کشورها (مانند فرانسه) بین درجات جنون تفکیک قائل شده و متناسب با درجه آن رژیمی برای حمایت از محجور برقرار کرده‌اند؛ اما در حقوق ایران قانون‌گذار بدون هیچ‌گونه توجهی به این درجات مقرر می‌دارد «جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است»، (ماده ۱۲۱۱ ق. م.).

**۲۴۰. بیماران روانی و کسانی که در حکم دیوانه‌اند**

چنان‌که گفتیم، اساس تکالیف انسان داشتن تمیز و اراده است و از عهده شخص فاقد تمیز نه‌تنها تکالیف مذهبی برداشته شده است، بلکه اعمال حقوقی او نیز باطل می‌باشند. از آنجا که این اشخاص نمی‌توانند امور خود را اداره کنند، به حمایت نیاز دارند و اصولاً جامعه باید از این گونه افراد حمایت کند. نمونه بارز آنان شخص مجنون یا مختل‌المشاعر است که با تشخیص پزشک و بر اساس حکم دادگاه مورد حمایت قرار می‌گیرد؛ اما کسانی وجود دارند که در دسته دیوانگان به مفهوم عرفی قرار نمی‌گیرند، لیکن از نظر وضع روحی و جسمانی در شرایط غیرطبیعی هستند، یعنی با اینکه مجنون نیستند، ناتوانیها و ناهنجاریهای شدید روانی ـ که خود معلول عوامل مختلفی است ـ دارند؛ درست نمی‌توانند تصمیم بگیرند و لغزشها و ضعفهایی دارند که نباید از کنار آنها بی‌توجه گذشت. قانون‌گذار هیچ تدبیری برای این‌گونه افراد نیندیشیده است. شاید در بادی امر چنین به نظر رسد که این شیوه درست است و نباید به بهانه‌های مختلف آزادیهای افراد را محدود ساخت؛ اما واقع‌نگری و حمایتهای معقول و منطقی از کسانی که نیازمند کمک هستند لطمه‌ای به آزادیهای فردی نخواهد زد، بلکه مانع سوء استفاده از این آزادیها می‌گردد و به هرحال به سود افراد جامعه است.

در اوضاع و احوال کنونی هیچ‌یک از بیماران روانی را بدون نظر کارشناس نمی‌توان به دیوانه دائمی یا ادواری ملحق نمود و این پزشک متخصص است که می‌تواند در این زمینه اظهارنظر کند؛ اما آیا آنها را به دلیل ضعف اراده یا نقص قوای دماغی نمی‌توان در حکم غیررشید قرار داد؟

ممکن است گفته شود که ضعف غیررشید در امور مالی است، ولی ضعف اینها محدود به امور مالی نیست. این سخن درست است؛ ولی هرگاه شخص عاقلی قدرت اداره قسمتی از امور خود را از دست می‌دهد قانون‌گذار اعمال او را غیرنافذ می‌شمارد. آیا از ملاک این قاعده درباره بیماران روانی نمی‌توان استفاده کرد؟

استفاده از وحدت ملاک یا قیاس اولویت بعید به نظر نمی‌رسد؛[1] با وجود این چون ایجاد حجر بدون حکم صریح قانون قابل ایراد می‌باشد، شایسته است قانون‌گذار تدبیری برای این افراد بیندیشد و مقرراتی را در این زمینه تدوین و وضع نماید، چنان‌که در برخی از کشورهای اسلامی به تبعیت از فقه حنفی، جنون نسبی (عته) را نیز پذیرفته‌اند (مصر، سوریه و عراق) و در برخی دیگر (مانند فرانسه) اختلال قوای دماغی را به درجاتی تقسیم کرده‌اند.

این مسئله در مورد کسانی که به بی‌هوشی یا اغما (به‌طور مستمر یا ادواری) مبتلایند نیز مطرح می‌شود. در این مورد نیز شاید بتوان آنان را در حکم مجنون قرار داد و یک رژیم حمایتی برای آنان به حکم دادگاه برقرار کرد، هرچند که قبول این راه‌حل بدون تصریح قانون‌گذار خالی از اشکال نیست.

قابل ذکر است که هرگاه این‌گونه اشخاص در حال فقدان شعور و اراده، اعمال حقوقی انجام دهند، اعمال مزبور، در صورت اثبات فقدان قصد، باطل و کأن لم یکن خواهد بود، البته برای ابطال این اعمال به حجر نیازی نیست، بلکه نظریه اراده (قصد) کافی است؛ اما برقراری یک رژیم حمایتی برای اداره امور آنان، مانند قیمومت، به حجر نیاز دارد که بدون ذکر قانون‌گذار، حکم به آن دشوار است.

### بند دوم: اقسام مجنون

در فقه و قانون مدنی مجنون را به چند اعتبار تقسیم کرده‌اند: به اعتبار اتصال یا عدم اتصال جنون به زمان کودکی و به اعتبار دائمی یا ادواری بودن جنون.

---

۱. بعضی از استادان حقوق این‌گونه بیماران به‌ویژه عقب‌افتاده‌ها را غیررشید به‌شمار آورده و این کلمه را اعم از سفیه گرفته‌اند (*قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ص ۳۶).

### ۲۴۱. مجنون به اعتبار اتصال یا عدم اتصال جنون به زمان کودکی

در این تقسیم‌بندی مجنون را به اعتبار زمان ابتلایش به جنون به دو گروه تقسیم کرده‌اند: مجنونی که جنون او متصل به دوران صغر است و مجنونی که جنون او متصل به ایام صغر نیست. به این تقسیم‌بندی در ماده ۱۲۱۸ ق. م. اشارت رفته است. هر دو گروه محجورند و کلیه تصرفات و اعمال حقوقی آنها باطل است؛ اما هرگاه گروه نخست، ولیّ خاص داشته باشند، به قیم احتیاجی ندارند و سرپرستی آنها با ولیّ خاص است، در صورتی که برای گروه دوم باید قیم نصب شود، اگرچه دارای پدر و جد پدری باشند (بند ۲ و ۳ ماده ۱۲۱۸ ق. م.).

### ۲۴۲. مجنون دائمی و مجنون ادواری

مجنون را به اعتبار استمرار جنون و عدم استمرار آن به مجنون دائمی یا اطباقی و مجنون ادواری تقسیم کرده‌اند (ماده ۱۲۱۳ ق. م.). مجنون دائمی دارای جنون مستمر و مداوم است، در صورتی که مجنون ادواری حالات متفاوت دارد، گاهی در حال جنون و گاهی در حال افاقه به‌سر می‌برد.

## بند سوم: اعمال حقوقی مجنون

### ۲۴۳. بطلان اعمال

چون مجنون فاقد درک و تمیز و در نتیجه، فاقد اراده حقوقی است، تمام اعمال حقوقی او باطل است و اجازه ولیّ یا قیم نیز نمی‌تواند ناتوانی او را جبران نماید، البته در صورت لزوم، خود ولیّ یا قیم، بر طبق مقررات، به عنوان نماینده قانونی مجنون اقدام می‌نماید و به جای او اعمال حقوقی انجام می‌دهد که اثر آن دامنگیر مجنون می‌شود. ماده ۱۲۱۳ ق. م. در این باره مقرر می‌دارد: «مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی‌تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید، ولو با اجازه ولیّ یا قیم خود؛ لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه می‌نماید نافذ است، مشروط بر آنکه افاقه او مسلم باشد». آنچه از این ماده

برمی‌آید و در فقه نیز به آن تصریح شده است، بطلان اعمال حقوقی مجنون است؛ اما چون مجنون ادواری گاهی در دوران افاقه به‌سر می‌برد و در این ایام سلامت خود را باز می‌یابد، اعمال حقوقی او در این حال صحیح و معتبر است، به شرط اینکه افاقه او ثابت و محرز باشد.

**۲۴۴. تردید در حالت مجنون ادواری**

هرگاه مجنون ادواری عملی را انجام بدهد و اختلاف پدید بیاید که در چه دورانی انجام شده است، این اختلاف چگونه رفع می‌شود و چه کسی باید ادعای خود را ثابت کند؟

در اینجا دو اصل وجود دارد که ظاهراً با یکدیگر متعارض‌اند: یکی اصل استصحاب و دیگری اصل صحت. اصل استصحاب اقتضا دارد که معامله در حال جنون واقع شده باشد، مگر اینکه خلافش ثابت شود. اصل صحت اقتضا دارد که معامله صحیح تلقی شود، مگر اینکه خلاف آن اثبات گردد. حال ببینیم کدام یک از این دو اصل مقدم‌اند؟

گروهی معتقدند که اصل صحت یک اماره و مبتنی بر ظن و غلبه است و بر استصحاب که یک اصل عملی و مبتنی بر شک و تردید است مقدم می‌باشد. این سخن در جای خود درست و قابل اعتماد است؛ اما هرگاه اهلیت یکی از متعاقدین مورد تردید باشد، جریان اصل صحت محل اختلاف است. برخی بر این عقیده‌اند که در این مورد نیز اصل صحت جاری می‌شود. نظر دیگر که مورد قبول برخی از متأخرین و از جمله میرزای نائینی قرار گرفته این است که در این مورد و همچنین دربارهٔ قابلیت مورد معامله برای نقل و انتقال اصل صحت جاری نمی‌شود و در این زمینه به عرف و عادت و بنای عقلا هم استناد شده[1] و نیز گفته شده است دلیلی بر اصل صحت به‌جز اجماع نیست و قدر متیقن از اجماع در موردی است که شک در

---

۱. *القواعد الفقهیة*؛ ج ۱، ص ۲۳۹.

صحت و فساد ناشی از تردید در تأثیر عقد، بعد از فراغ از اهلیت عاقد برای معامله و قابلیت نقل و انتقال عوضین باشد. پس هرگاه اهلیت طرف معامله مورد شک و تردید باشد، اصل صحت جاری نمی‌شود. در تأیید این نظر می‌توان گفت اصل صحت هنگامی جاری می‌شود که فقد شرط، ولو به‌طور اجمال، محرز نباشد و در مسئله مورد بحث فقد اهلیت به‌طور اجمال محرز است، پس محلی برای اجرای اصل صحت نیست.

در حقوق جدید، برخی از استادان، با استناد به استصحاب، معامله مجنون ادواری را باطل اعلام کرده‌اند، مگر اینکه مدعی ثابت نماید که قرارداد در زمان افاقه واقع شده است،[1] لیکن بعضی دیگر از استادان به این استدلال ایراد کرده و گفته‌اند که با دوری بودن جنون یقین سابقی به دست نمی‌آید تا بتوان آن را استصحاب و حکم به بقای حالت پیشین کرد؛ به تعبیر علمای اصول در اینجا شک موجود، از نوع شک در رافع نیست بلکه شک در مقتضی است که علمای اصول استصحاب در این مورد را حجت نمی‌دانند؛[2] آنگاه اظهارنظر کرده‌اند که صدور حکم حجر، اماره‌ای بر بطلان همه معاملات محجور است، مگر اینکه سلامت او در آن حال اثبات شود.[3] بنابر این نظر نیز، مانند نظر پیشین، اصل، بطلان معاملات

---

۱. امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۵، ص ۲۶۳.

۲. منظور از شک در مقتضی این است که قابلیت و استعداد بقای موضوع مشکوک باشد، برای مثال شخص پیر فرتوت و مریضی که سالیان درازی است مفقود شده است فاقد این استعداد است؛ اما در صورتی که موضوعی دارای این استعداد و شایستگی باشد و با وجود این، شک و تردید به وجود آید که آیا رافعی پدید آمده (شک در وجود رافع) یا رافع موجود توانسته است اثر خود را بگذارد (شک در رافعیت موجود)، شک در رافع نامیده می‌شود. دانشمندان علم اصول استصحاب از نوع اول را حجت نمی‌دانند و به آن ترتیب اثر نمی‌دهند، ولی به هنگام شک در رافع به استصحاب (ابقاء ماکان) عمل کرده و با وجود شک و تردید (شک در رافع یا رافعیت موجود) یقین سابق را حجت می‌شمارند.

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: *اصول الفقه*؛ ص ۳۱۲ تا ۳۱۴.

۳. *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، ش ۳۱۱، ص ۳۹ و ۴۰.

مجنون است و مدعی صحت، باید دلیل بیاورد، هرچند که در تأیید آن به اماره حجر ناشی از حکم دادگاه استناد شده است، نه استصحاب. در واقع فرق بین این دو نظر در استدلال است نه در نتیجه.

به هرحال، آنچه از ماده ۱۲۱۳ ق. م. برمی‌آید، تأیید همین نتیجه است، چه این ماده با تعبیر «مشروط بر اینکه افاقه او مسلّم باشد»، در واقع اصل را بر وقوع معامله در حال جنون و بطلان آن قرار داده و خلاف آن را محتاج به اثبات دانسته است.

## بند چهارم: مسئولیت مدنی مجنون

### ۲۴۵. اصل کلی

مجنون، مانند سایر محجورین دارای مسئولیت مدنی است و چنان‌که اشاره کردیم، اصولاً حجر مربوط به اعمال حقوقی است و افعال مادی زیان‌آور محجور را شامل نمی‌شود. ماده ۱۲۱۶ ق. م. به مسئولیت مدنی مجنون، در صورتی که باعث ضرر دیگری شود، تصریح کرده است. این ماده مبتنی بر فقه اسلامی است.

### ۲۴۶. ماده ۷ ق. م. م.

ماده ۷ ق. م. م. در درجه نخست، سرپرست مجنون را، در صورتی که در نگاهداری یا مواظبت تقصیر کرده باشد، مسئول شناخته و چنین مقرر داشته است «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا برحسب قرارداد به عهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می‌باشد ...». در توجیه این قاعده می‌توان گفت در این‌گونه موارد ضرر به سرپرست مجنون نسبت داده می‌شود و در واقع سرپرست سبب اقوی از مباشر به‌شمار می‌آید. البته این ماده مسئولیت مجنون را به کلی نفی نمی‌کند، زیرا مقرر می‌دارد که هرگاه، سرپرست «استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون ... زیان جبران خواهد شد». بدین ترتیب قانون مسئولیت مدنی در درجه دوم مسئولیت را بر عهده خود مجنون می‌گذارد. به‌علاوه هرگاه مجنون، بدون تقصیر

سرپرست، یا بدون اینکه سرپرستی داشته باشد، زیانی به دیگری وارد کند، خود او بر طبق ماده ۱۲۱۶ ق. م. مسئول و مکلف به جبران خسارت است و اگر مالی نداشته باشد حق زیان‌دیده از بین نمی‌رود و هر وقت مجنون استطاعت مالی پیدا کرد، زیان‌دیده می‌تواند برای استیفای طلب خود اقدام کند.

در فرضی که ایراد خسارت به‌طور غیرمستقیم و از باب تسبیب باشد و مجنون سرپرستی نداشته باشد یا سرپرست او مقصر نباشد، با توجه به اینکه مجنون دارای قوه درک و تمیز نیست و در تسبیب، برای احراز رابطه سببیت، تقصیر شرط شده است، آیا می‌توان او را مسئول شناخت؟ همان‌طور که در مورد صغیر غیرممیز گفتیم (ر. ک.: ش ۲۲۹) می‌توان برای تقصیر مفهوم نوعی قائل شد. یعنی تقصیر را عبارت از رفتار غیرمتعارف دانست و عمل مجنون را با عمل انسان متعارف مقایسه کرد و در نتیجه او را مسئول اعمال زیان‌آور خود که برخلاف متعارف می‌باشد شناخت.

### ۲۴۷. مسئولیت دولت

هرگاه دولت در وظایفی که به موجب قانون در قبال مجنون برعهده دارد، مانند نصب قیم کوتاهی نماید و بدین سبب مجنون زیانی به دیگری وارد کند، می‌توان دولت را از باب اینکه سبب اقوی از مباشر است مسئول دانست و هرگاه خسارت، ناشی از تقصیر کارمند دولت (مانند دادستان یا جانشین او) باشد، مسئولیت بر عهده شخص او خواهد بود (ماده ۱۱ ق. م. م.).

## فصل سوم

# قیمومت

### ۲۴۸. تقسیم مطالب

محجورین از طرق مختلف مورد حمایت قرار گرفته‌اند. بخشی از این حمایتها به صورت بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی محجور است که در دو فصل پیشین مورد بحث قرار گرفت. علاوه بر این، مصلحت محجورین ایجاب می‌کند که اشخاصی موظف به اداره امور آنان و مأمور به انجام دادن اعمال حقوقی به نمایندگی از آنان باشند. بدین‌منظور، قانون‌گذار نهادهایی برای حمایت از محجورین پیش‌بینی کرده است. این نهادها در حقوق ایران عبارت از ولایت قهری، وصایت و قیمومت است. ولایت قهری مخصوص پدر و جد پدری است و بحث تفصیلی از آن مربوط به حقوق خانواده (حقوق مدنی ۵) می‌باشد.[1] وصایت ـ یعنی سمتی که از طرف پدر یا جد پدری برای سرپرستی اولادشان بعد از فوت موصی، به شخصی واگذار می‌شود[2] ـ نیز از نهادهای حمایت از محجورین است که بحث تفصیلی آن مربوط به درس وصیت (حقوق مدنی ۸) است؛ اما قیمومت که در صورت فقدان ولیّ خاص (ولیّ قهری و وصی منصوب از جانب او) برای حمایت از محجورین مقرر شده است موضوع اصلی این فصل است.

حضانت نیز یکی از نهادهای حمایت از محجورین است که ناظر به نگهداری

---

۱. ر.ک.: *حقوق خانواده*؛ ج ۲، چ ۴، ش ۱۵۱، ص ۱۹۰ به بعد.

۲. به‌علاوه هرکسی می‌تواند ثلث اموال خود را با وصیت به کارهای مشروع اختصاص دهد و برای ادارهٔ آن وصی انتخاب کند (مواد ۸۲۶ و ۸۵۴ به بعد ق.م.).

جسمی و فیزیکی صغیر و مجنون است، نه اداره امور مالی و غیرمالی و انجام دادن اعمال حقوقی از جانب محجور. این مبحث نیز از مباحث حقوق خانواده است.[۱]

در این فصل به ترتیب، این موضوعات مورد بررسی قرار می‌گیرند:

کلیات و تعاریف (مبحث اول)، موارد نصب قیم (مبحث دوم)، تشریفات نصب قیم (مبحث سوم)، شرایط و اوصاف قیم (مبحث چهارم)، اختیارات، وظایف و حقوق قیم (مبحث پنجم)، ضمانت اجرای قواعد قیمومت (مبحث ششم) و پایان قیمومت (مبحث هفتم).

## مبحث اول: کلیات و تعاریف

### ۲۴۹. اولیاء محجور

چنان‌که اشاره کردیم، برای اداره امور محجورین اشخاصی در نظر گرفته شده‌اند. در درجه نخست ولیّ خاص عهده‌دار امور محجور است (ماده ۱۱۸۰ ق. م.) و هرگاه محجور ولیّ خاص نداشته باشد، برای او به حکم دادگاه قیم نصب می‌شود. به‌علاوه نگاهداری و حضانت از اطفال حق و تکلیف ابوین است (ماده ۱۱۶۸ ق. م.).

ولیّ خاص به پدر و جد پدری و وصی منصوب از سوی یکی از آنان گفته می‌شود و سمت آنان را ولایت خاص گویند. ماده ۱۱۹۴ ق. م. می‌گوید «پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولیّ خاص طفل نامیده می‌شود».

پدر و جد پدری ولیّ قهری نامیده می‌شوند که دارای سمت ولایت قهری هستند. هر یک از آنان می‌تواند، بعد از فوت دیگری، برای سرپرستی و اداره امور شخص تحت ولایت خود وصی تعیین کند که یک نوع ولیّ خاص است. وصی دارای سمت وصایت است. حضانت نهادی متمایز از ولایت قهری و وصایت است که هدف آن نگهداری و پرورش جسمی طفل است.

در این مبحث نخست از تعریف قیمومت و سپس از ولایت قهری، وصایت، حضانت، امانت و پاره‌ای اصطلاحات دیگر و تفاوت آنها با قیمومت سخن می‌گوییم.

---

۱. ر.ک.: همان؛ ج ۴، ش ۱۱۰، ص ۱۳۷ به بعد.

**۲۵۰. تعریف قیمومت**

قیم در لغت به معنی مستقیم، متولی، سرپرست، دارای قیمت[۱]، سید و کسی که متولی امر شخص محجور است می‌باشد.[۲] در اصطلاح حقوقی قیم شخصی است که در صورت نبودن ولیّ خاص (ر. ک.:ش ۲۴۹ و ۲۵۱) به وسیله دادگاه برای سرپرستی و اداره امور محجور نصب می‌شود؛ بنابراین قیمومت وظیفه و سمتی است که از طرف قاضی به شخصی که قیم نامیده می‌شود برای سرپرستی و اداره امور محجور، در صورت فقد ولیّ خاص، واگذار می‌گردد[۳] (مستفاد از مواد ۱۱۸۰، ۱۱۸۵، ۱۲۱۸ به بعد ق. م.).

نصب قیم به حکم مستقیم قانون نبوده، بلکه در صورت فقد ولیّ خاص و با شرایطی (ر. ک.: ش ۲۵۹ به بعد و ۲۷۱ به بعد) که به تفصیل مورد مطالعه قرار خواهیم داد از طرف حاکم منصوب می‌شود؛ پس تا زمانی که پدر یا جد پدری (ماده ۱۱۸۰ ق. م.) یا وصی منصوب از طرف یکی از آنان (ماده ۱۱۸۸ ق. م.) موجود است و اهلیت لازم را داراست، حاکم نمی‌تواند برای محجور قیم انتخاب کند و در صورت اثبات عدم لیاقت یا خیانت پدر و جد پدری (موضوع مواد ۱۱۸۴ و ۱۱۸۶ ق. م.) دادگاه ممکن است ولی قهری را عزل و به جای او قیّمی نصب کند.[۴] در صورت عدم توانایی اداره امور مولی‌علیه به واسطه غیبت یا حبس و یا به هر علت موقت دیگر (موضوع ماده ۱۱۸۷ ق. م.) دادگاه امین موقت منصوب می‌نماید (ر. ک.: ش ۲۵۴ و ۲۶۶).

---

۱. لاروس؛ *المنجد والمعجم العربی الحدیث*.
۲. انیس، ابراهیم و دیگران؛ *المعجم الوسیط*.
۳. به عبارت دیگر قیمومت چهره‌ای از اعمال ولایت حاکم است.
۴. مادهٔ ۱۱۸۴ ق. م. اصلاح شده در ۱۳۷۹/۳/۱ به ظاهر فقط اختیار عزل و قهری را، حتی در مورد اقدامات ضرری اندک، به دادگاه داده است، در حالی که شایسته است دادگاه حسب مورد به عزل مولی یا ضم امین مخیّر باشد.

### ۲۵۱. ولایت قهری

ولیّ قهری که گاهی به اختصار ولیّ گفته می‌شود کسی است که به حکم مستقیم قانون اختیار اداره امور محجور و انجام دادن اعمال حقوقی از جانب او را دارد. به همین مناسبت به او ولیّ قانونی نیز گفته می‌شود. کسی که تحت سرپرستی ولیّ قهری است مولی‌علیه نام دارد. قانون‌گذار سمت ولایت قهری را فقط به پدر و جد پدری اعطا کرده است (مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ ق. م.)؛ بنابراین تنها پدر و جد پدری عنوان ولیّ قهری را دارند. تفاوت ولایت قهری با قیمومت آن است که ولیّ قهری به حکم مستقیم قانون تعیین شده است و به همین جهت او را ولیّ قهری یعنی اجباری نامیده‌اند، در حالی که قیمومت سمتی است که در صورت نبود ولیّ خاص، به حکم دادگاه، جهت اداره امور محجور، به شخصی داده می‌شود که قیم نام دارد. به‌علاوه دادستان[1] و دادگاه اصولاً در کار ولیّ قهری دخالت نمی‌کنند، حال آنکه بر کار قیم نظارت دارند (ماده ۷۳ ق. ا. ح.). با وجود این، بر طبق مادهٔ ۱۱۸۴ ق. م. اصلاحی ۱۳۷۹/۳/۱، دادگاه می‌تواند در پاره‌ای از موارد ولی قهری را عزل یا به او امینی منضم کند.[2]

### ۲۵۲. وصایت

برابر ماده ۱۱۸۸ ق. م. «هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند

---

۱. در تحول اخیر قانون‌گذاری نظارت دادگاه در کار ولی قهری در امر نکاح کودکان ضروری دانسته شده و تشخیص رعایت مصلحت از سوی ولی به دادگاه واگذار گردیده است (مادهٔ ۱۰۴۱ ق.م. مصوب ۱۳۸۱/۴/۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام).

۲. مادهٔ ۱۱۸۴ ق. م. اصلاحی ۱۳۷۹/۳/۱: «هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطهٔ صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی‌علیه گردد، به تقاضای یکی از اقارب و یا رئیس حوزهٔ قضایی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای ادارهٔ مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیّم تعیین می‌نماید.

همچنین اگر ولی قهری به واسطهٔ کبر سن و بیماری و امثال آن قادر به ادارهٔ اموال مولی‌علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید طبق مقررات این ماده فردی به عنوان امین به ولی قهری منضم می‌گردد.»

برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشند وصی معین کند، تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده، اموال آنها را اداره نماید»؛ بنابراین وصایت در باب حجر و حمایت از محجورین سمتی است که از طرف ولیّ قهری برای اداره امور محجور به شخصی اعطا می‌شود، حتی ولیّ قهری می‌تواند به کسی که به عنوان وصی تعیین کرده اختیار دهد که برای ادارهٔ امور مولّی‌علیه، بعد از فوت خود، وصی معین کند (ماده ۱۱۹۰ ق. م.). فرق وصی با قیم این است که وصی به وسیله ولیّ قهری (پدر یا جد پدری) یا وصی منصوب از جانب او یا وصی قبلی تعیین می‌شود و اختیارات او را موصی تعیین می‌کند، حال آنکه قیم به حکم دادگاه منصوب می‌گردد و اختیارات او را قانون مشخص کرده است؛ به‌علاوه بر طبق ماده ۷۳ ق. ا. ح. دادستان و دادگاه در کار وصی بر محجور هم مداخله‌ای ندارند. اضافه بر تفاوتهای مذکور، معمولاً اختیارات وصی بیش از اختیارات قیم است، مگر اینکه موصی اختیارات او را محدود کرده باشد؛ مثلاً وصی می‌تواند طرف قرارداد با محجور واقع شود، حال آنکه قیم برابر ماده ۱۲۴۰ ق. م. نمی‌تواند طرف قرارداد با محجور باشد، به گونه‌ای که مال محجور را به خود منتقل کند، یا مال خود را به محجور انتقال دهد.[1]

---

۱. بعضی از فقیهان عامه در فرق بین قیم (وصی قاضی) و وصی منصوب از طرف ولیّ قهری گفته‌اند: قیم منصوب از طرف قاضی نسبت به وصی منصوب از جانب ولیّ قهری دارای اختیارات محدودتری است و نمی‌تواند قرارداد به نفع خود با محجور منعقد کند، زیرا نماینده قاضی محسوب می‌شود و خود حاکم چنین اختیاری ندارد. علاوه بر این وصی می‌تواند وصی بعد از خود را تعیین کند، ولی قیم نمی‌تواند. همچنین قیم، اگرچه عادل و شایسته باشد، اگر مصلحت محجور اقتضا کند قابل عزل است، زیرا نماینده قاضی است و هر موکلی می‌تواند وکیل خود را عزل کند، در صورتی که قاضی حق عزل وصی منصوب از جانب پدر را در صورت داشتن عدالت و صلاحیت ندارد، زیرا خودش او را نصب نکرده است؛ پس بدون سببی که این عزل را توجیه کند حق عزل ندارد (*ابن‌عابدین*؛ *ردالمحتار*؛ ج ۵، ص ۶۳۱ به بعد، به نقل از: *احکام الاسرة فی الاسلام*؛ ص ۸۰۹).

### ۲۵۳. حضانت

حضانت بیشتر ناظر بر حمایت و مراقبت جسمی محجور است و در تعریف آن می‌توان گفت که حضانت نگاه داشتن طفل، مواظبت و مراقبت از او و تنظیم روابط او با خارج است.[۱]

حضانت حق و تکلیف ابوین است (ماده ۱۱۶۸ ق. م.)، بر طبق مادهٔ ۱۱۶۹ اصلاحی ق.م. و تبصرهٔ آن مصوب ۱۳۸۲/۹/۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام: برای حضانت و نگاهداری طفل مادر تا سن هفت سالگی اولویّت دارد و پس از آن حضانت با پدر خواهد بود. چنانچه بعد از هفت سالگی بین پدر و مادر در مورد حضانت فرزند اختلاف نظر ایجاد شود، دادگاه براساس مصلحت کودک تصمیم می‌گیرد.[۲]

به هرحال، حضانت نهادی غیر از قیمومت است، زیرا متصدی حضانت عهده‌دار نگهداری و پرورش جسمی محجور است، در حالی که قیم اداره امور مالی و غیرمالی محجور و انجام دادن اعمال حقوقی به نمایندگی از محجور را به عهده دارد. ممکن است برای اداره امور محجور قیم تعیین شده باشد و در عین حال حضانت او بر عهده مادر یا شخص دیگری باشد.

آموزش و پرورش معنوی و اخلاقی محجور اصولاً بر عهده قیم است (ماده ۱۲۳۵ ق. م.)، هر چند که متصدی حضانت نیز در تربیت کودک مسئول است؛ بنابراین دو نهاد قیمومت و حضانت متمایز و قابل تفکیک از یکدیگر هستند.

### ۲۵۴. امانت

قانون‌گذار در باب حمایت از محجورین بارها از نصب امین و امانت سخن گفته است که با قیم و قیمومت متفاوت است. مقصود از امین شخص مورد اعتمادی است که به وسیله

---

۱. *حقوق خانواده*؛ ج ۲، چ ۴، ش ۱۱۰، ص ۱۳۸.

۲. متن مادهٔ ۱۱۶۹ پیشین ق. م. مصوب ۱۳۱۴ چنین است: «برای نگاهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود».

دادگاه در پاره‌ای موارد، برای حمایت از محجور تعیین می‌شود.

در مورد جنین، قانون‌گذار نصب امین برای اداره اموال او را پیش‌بینی کرده است. بر طبق بند ۱ ماده ۱۰۳ ق. ا. ح. «برای اداره سهم‌الارثی که ممکن است از ترکه متوفی به جنین تعلق گیرد در صورتی که جنین ولیّ یا وصی نداشته باشد»، به نصب امین اقدام می‌شود که دارای همان وظایف و اختیارات و مسئولیت قیم است (ماده ۱۱۸ ق. ا. ح.). به‌علاوه بر طبق بخش اخیر مادهٔ ۱۱۸۴ ق. م.: «... اگر ولی قهری به واسطهٔ کبر سن و یا بیماری و امثال آن قادر به ادارهٔ اموال مولی‌علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید، طبق مقررات این ماده فردی به‌عنوان امین به ولی قهری منضم می‌گردد». این امین، برخلاف قیم، در اداره امور محجور استقلال ندارد، بلکه با مشارکت و همکاری ولیّ قهری امور محجور را اداره می‌کند، به گونه‌ای که در هر مورد موافقت هر دو لازم است؛[1] بنابراین امین منضم به ولیّ قهری در کنار او و مشترکاً عهده‌دار امور محجور است، در حالی که قیم در صورت نبود ولیّ قهری و وصی منصوب از سوی او تعیین می‌شود و در اداره امور محجور استقلال دارد.

مورد دیگر که قانون‌گذار برای حمایت از محجور نصب امین را پیش‌بینی کرده در ماده ۱۱۸۷ ق. م. است که چنین مقرر می‌دارد «هرگاه ولیّ قهری منحصر به واسطه غیبت یا حبس یا به هر علتی نتواند به امور مولی‌علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد، حاکم یک نفر امین به پیشنهاد مدعی‌العموم برای تصدی و اداره اموال مولی‌علیه و سایر امور راجعه به او موقتاً معین خواهد کرد». این امین را امین موقت گویند و به نظر می‌رسد که وظایف و اختیارات او همان وظایف و اختیارات قیم است (مستنبط از ملاک ماده ۱۱۹ ق. ا. ح.).[2] تفاوت این‌گونه امین با قیم آن است که امین موقت با بودن ولیّ قهری و به‌طور موقت منصوب می‌گردد و با رفع مانع از ولیّ قهری، سمت او زایل می‌گردد، حال آنکه قیم در صورتی منصوب می‌شود که ولیّ قهری یا وصی منصوب از جانب او برای سرپرستی محجور وجود نداشته باشد. وانگهی وظیفه قیم، موقت نیست و تا رفع حجر از محجور یا عزل یا انعزال قیم، به یکی از علل قانونی، ادامه می‌یابد (ر. ک.: ش ۳۱۰، ۳۱۱ و ۳۱۷ به بعد). در ماده ۶۴ ق. ا. ح. نیز از یک نوع امین موقت سخن رفته است که ما بعداً از آن بحث خواهیم کرد (ر. ک.: ش ۲۶۶).

---

۱. همان؛ ج ۲، چ ۴، ش ۱۶۸، ص ۲۱۲. ۲. همان؛ ج ۲، چ ۴، ش ۱۶۹، ص ۲۱۳.

### ۲۵۵. سرپرستی اطفال بدون سرپرست

سرپرستی اطفال بدون سرپرست، موضوع قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳، که می‌توان آن را یک نوع فرزندخواندگی دانست،[1] با قیمومت تفاوت دارد. البته هر دو نهاد برای حمایت از محجور در نظر گرفته شده و به حکم دادگاه نیاز دارد؛ لیکن شرایط و آثار آنها متفاوت است.[2] شرایط و آثار قیمومت در قانون مدنی و قانون امور حسبی مقرر شده است، لیکن شرایط و آثار سرپرستی در قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست پیش‌بینی گردیده است. در پاره‌ای از موارد ممکن است شرایط لازم برای اعمال مقررات هر دو نهاد وجود داشته باشد، در این صورت به نظر می‌رسد که دادگاه می‌تواند با رعایت مصلحت محجور به نصب قیم یا تعیین سرپرست اقدام نماید. با وجود این چون سرپرستی به مفهوم خاص آن متضمن حمایت بیشتری از محجور است، علی‌الاصول دادگاه باید برای تعیین سرپرست اولویت قائل گردد؛ مثلاً قیم برای نگهداری اموال مولی‌علیه و انجام‌دادن امور مربوط به قیمومت می‌تواند اجرت مطالبه کند، در صورتی که سرپرست نه‌تنها حق چنین درخواستی را ندارد، بر طبق قانون باید تمکن مالی داشته باشد و قبل از صدور حکم سرپرستی باید به کیفیت

---

۱. باید توجه داشت که در حقوق ایران فرزندخوانده، فرزند نیست و آنچه در عرف مردم به فرزندخوانده معروف است چیزی جز سرپرستی اطفال بدون سرپرست نمی‌باشد؛ زیرا فرزندخواندگی با نزول آیات متعددی از قرآن کریم نسخ شده است، از جمله: «... و ما جعل أدعیاءَ کم ابناء کم»: و فرزندخواندگانتان را فرزندانتان قرار نداد (احزاب، ۳)؛ «حرّمت علیکم ... حلائل ابنائکم الّذین من اصلابکم»: حرام شده‌اند بر شما ... زنان پسرانتان که از صلب شما هستند (نساء، ۲۳). برای مطالعهٔ بیشتر رجوع کنید به تفسیر آیات ۳، ۴، ۳۷ و ۴۰ سورهٔ احزاب و آیهٔ ۲۳ سورهٔ نساء.

۲. برای دیدن مفهوم و شرایط و آثار سرپرستی رجوع کنید به: *همان*؛ ج ۲، ش ۲۱ به بعد، ص ۲۵ به بعد.

تفاوت مفهوم قیمومت و سرپرستی در رأی وحدت رویه به شماره ۸/۶۰۰ مورخ ۱۳۶۰/۴/۶ نیز منعکس شده است، زیرا هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور، در این رأی، کلمه نصب قیم مذکور در بند ۳ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ را شامل تعیین سرپرست موضوع قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست ندانسته و این موضوع را از صلاحیت دادگاه مدنی خاص خارج دانسته است.

اطمینان‌بخشی در صورت فوت خود هزینه تربیت و نگاهداری و تحصیل طفل را تا رسیدن به سن بلوغ تأمین نماید (ماده ۵ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست)؛ و نیز نفقهٔ طفل بر عهده سرپرست است (ماده ۱۱ همان قانون). علاوه بر این سرپرستی مخصوص زن و شوهری است که با هم به صورت قانونی زندگی می‌کنند و تشکیل خانواده داده‌اند، در صورتی که قیم ممکن است شخص مجرد، زن یا مرد، باشد.

## مبحث دوم: موارد نصب قیم

### ۲۵۶. مواد قانونی

به موجب ماده ۱۲۱۸ ق. م. «برای اشخاص ذیل نصب قیم می‌شود:

۱. برای صغاری که ولیّ خاص ندارند؛

۲. برای مجانین و اشخاص غیررشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها بوده و ولیّ خاص نداشته باشند؛

۳. برای مجانین و اشخاص غیررشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد».

به عبارت دیگر برای سه دسته از محجورین قیم نصب می‌شود:

۱. صغیری که پدر یا جد پدری یا وصی منصوب از سوی یکی از آنان (ولیّ خاص) را نداشته باشد.

۲. سفیهی که بعد از رسیدن به سن بلوغ و رشد سفیه شده، اعم از اینکه پدر یا جد پدری یا وصی منصوب داشته باشد یا نه، و سفیهی که سفه او متصل به زمان کودکی بوده و ولیّ خاص نداشته باشد.

۳. مجنونی که پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد دچار حالت جنون شده است، اعم از اینکه یکی از اشخاص مذکور وجود داشته باشد یا نه و دیوانه‌ای که جنون او متصل به زمان کودکی بوده و ولیّ خاص نداشته باشد.

بنابراین، اگر کودکی قبل از بلوغ مجنون باشد یا در زمان رسیدن به سن بلوغ رشدش احراز نشده باشد، در صورت داشتن ولیّ خاص، ولایت او بعد از بلوغ نیز

ادامه می‌یابد؛ زیرا دلیلی ندارد ولایت کسی که عضو خانواده و نسبت به محجور دلسوز است، فقط به دلیل رسیدن محجور به سن بلوغ، خاتمه یابد. برکناری ولیّ خاص و نصب قیم در این مورد نه با مصلحت محجور سازگار است و نه با عرف و عادت جامعه. در مورد اطفال سرراهی که پدرشان معلوم نیست و اطفالی که نسب آنها نامشروع است می‌توان آنها را در حکم کودکانی دانست که ولیّ خاص ندارند؛[۱] بنابراین برای آنان نیز باید قیم نصب شود.

حجر ولیّ خاص به منزله فقدان اوست، یعنی هرگاه ولیّ قهری منحصر یا وصی منصوب از سوی او محجور شود، مانند آن است که محجور ولیّ خاص نداشته باشد و به دیگر سخن می‌توان گفت با حجر ولیّ خاص، ولایت او ساقط می‌شود و در این صورت محجور فاقد ولیّ خاص به‌شمار می‌آید و نصب قیم لازم می‌شود. ماده ۱۱۸۵ ق. م. در این خصوص مقرر می‌دارد که «هرگاه ولیّ قهری طفل محجور شود، مدعی‌العموم مکلف است مطابق مقررات راجع به تعیین قیم، قیمی برای طفل معین کند».

در قانون مدنی از قیم موقت نیز سخن به میان آمده است. برابر ماده ۱۲۲۸ این قانون، در خارج از کشور، کنسول ایران یا جانشین او می‌تواند برای ایرانیانی که بر طبق ماده ۱۲۱۸ ق. م. به قیم نیاز دارند موقتاً قیم نصب کند و باید تا ۱۰ روز پس از نصب قیم مدارک عمل خود را از طریق وزارت امور خارجه به وزارت دادگستری بفرستد. نصب قیم مزبور وقتی قطعی می‌گردد که دادگاه عمومی تهران تصمیم مأمور کنسولی را تنفیذ کند.

ماده ۱۲۵۰ ق. م. نیز برای حفظ حقوق مولی‌علیه، در صورتی که قیم مرتکب جنحه یا جنایتی نسبت به مال یا شخص محجور شود و مورد تعقیب کیفری قرار گیرد، از آنجا که خود قیم نمی‌تواند حافظ حقوق محجور باشد، نصب قیم موقت را برای اداره امور مولی‌علیه پیش‌بینی کرده است. بر طبق این ماده

---

۱. حقوق مدنی *ایران*؛ ش ۴۷۹، ص ۲۳۵.

وظیفه قیم موقت در این مورد اداره اموال محجور است و بی‌شک می‌تواند به نمایندگی از محجور دادخواست ضرر و زیان به دادگاه تقدیم کند؛ اما این ماده حفظ حقوق معنوی مجنی‌علیه و تعقیب متهم به ارتکاب جرم نسبت به شخص محجور را پیش‌بینی نکرده که این نقیصه به موجب ماده‌واحده راجع به تعیین قیم اتفاقی مصوب ۱۳۱۶ مرتفع شده بود. ولی امروزه مادهٔ ۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸ (ر. ک.: پاورقی ش ۲۶۶) جایگزین آن شده است.[۱]

در این ماده تعیین قیم موقت به وسیلهٔ دادگاه برای حفظ حقوق مادی و معنوی محجور متضرر از جرم در دو مورد پیش‌بینی شده است:

۱. در موردی که تعقیب جرم به شکایت متضرر از جرم موقوف و متضرر محجوری است که ولی یا قیم ندارد یا به ولی و قیم او دسترسی نیست؛

۲. در موردی که محجور متضرر از جرم ولی یا قیم داشته، لیکن خود ولی یا قیم مرتکب جرم شده یا در آن مداخله داشته باشد. گفتنی است که برابر این ماده قیم موقت فقط به وسیلهٔ دادگاه تعیین می‌شود، در حالی که بر طبق ماده واحدهٔ راجع به قیم اتفاقی، در موارد فوری، دادستان می‌توانست قیم اتفاقی (موقت) تعیین کند.

### ۲۵۷. مبنای فقهی نصب قیم

در فقه اسلامی، قواعدی جالب و مترقی برای حمایت از محجورین و اداره امور آنان وجود دارد که مبنای قوانین جدید در حقوق ایران است. مبنای نصب قیم در حقوق اسلامی ولایت قاضی است که به تفصیل مورد بحث فقیهان واقع شده است. هرگاه محجور ولیّ خاص نداشته باشد، سرپرستی و اداره امور او با قاضی است که از آن به

---

۱. در مورد نسخ مادهٔ واحدهٔ قانون تعیین قیم اتفاقی با ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی، دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور کیفری) ر. ک.: نظریهٔ مشورتی ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه، شمارهٔ ۷/۹۱۳۱۱ـ۸۳/۱۲/۱۴ مندرج در *مجلهٔ تعالی حقوق*، سال اول، بهمن ۱۳۸۵، ص ۵۴.

ولایت حاکم تعبیر می‌کنند. این نوع ولایت مورد قبول همه فقیهان اسلامی، اعم از شیعه و سنی، است و در تأیید آن به حدیث نبوی «الحاکم ولیّ من لاولیّ له» استناد شده است.[۱] این ولایت از آنِ حاکم شرع است که می‌تواند خود آن را اجرا کند یا کسی را به عنوان نماینده برای سرپرستی محجور تعیین نماید که در فقه او را قیم یا وصی یا وکیل قاضی نامیده‌اند. این شخص نماینده قاضی به‌شمار می‌آید و اختیارات او به وسیله قاضی مشخص می‌شود و زیرنظر قاضی انجام وظیفه می‌کند و در هر زمان قاضی می‌تواند او را بر کنار و شخص دیگری را به جای او منصوب کند، یا خود اداره امور محجور را به عهده بگیرد.

تفاوتی که قیمومت در حقوق امروز با قیمومت در حقوق اسلامی دارد آن است که قیمومت امروز یک نهاد حقوقی است که شرایط و آثار آن و وظایف و اختیارات قیّم را قانون تعیین کرده است و دادگاه در چهارچوب قانون به نصب قیم اقدام می‌کند و بر کار او نظارت می‌نماید، در حالی که در حقوق اسلامی، ولایت بر محجورینی که ولیّ خاص ندارند از آن حاکم است و او می‌تواند این ولایت را از طریق نماینده خود که گاهی قیم نامیده می‌شود اعمال کند. قیم بدین معنی وکیل قاضی و تابع دستور و اذن اوست نه یک نهاد حقوقی مستقل؛ به تعبیر دیگر در حقوق اسلامی، ولایت بر محجوری که ولیّ خاص ندارد به مقام عمومی قضایی واگذار شده، حال آنکه در حقوق امروز، این ولایت از آن یک شخص خصوصی است که دادگاه او را تعیین می‌کند و بر کارش نظارت دارد. به هرحال گمان نمی‌رود که نهاد قیمومت در حقوق امروز، که با توجه به وضع و نیازهای زمان و مصلحت جامعه پدید آمده است، اختلاف بنیادی با حقوق اسلام داشته باشد.

ناگفته نماند که در فقه از ولایت عدول مؤمنین نیز سخن به میان آمده است که در قوانین موضوعه انعکاس نیافته است. بنابر آنچه در فقه آمده است، هرگاه محجور ولیّ خاص نداشته باشد و مجتهد جامع‌الشرایط هم برای اداره امور او نباشد، عدول مؤمنین سرپرستی و اداره امور محجور را به عهده می‌گیرند و هر یک از آنان به‌تنهایی، یا با مشارکت دیگران، می‌تواند در این زمینه، با رعایت مصلحت محجور، اقدام کند.[۲]

---

۱. ر.ک.: *الفقه‌الاسلامی فی ثوبه‌الجدید*؛ المدخل الفقهی العام، ج ۱، ش ۴۷۲، ص ۸۲۴ و ۸۲۵ و مکاسب؛ ج ۱، ص ۲۷۱ و

***La protection des incapables***, p. 196 et s.

۲. *جامع‌الشتات*؛ ج ۲، ص ۴۵۳ و ۴۵۴، سؤال و جواب ۱۹۳ و ص ۴۶۵، ۴۶۷.

## مبحث سوم: تشریفات نصب قیم

### ۲۵۸. طرح مطلب

مقررات متعدد و متنوعی در باب محجورین در قانون مدنی و قانون امور حسبی وجود دارد که به دادسرا مربوط است و به‌ویژه قانون، دادستان را به انجام دادن پاره‌ای امور از جمله امور حسبی مکلف می‌کند. اهمیت مسئله زمانی روشن می‌شود که به ماهیت امور حسبی توجه کنیم. امور حسبی ـ یعنی: «اموری که دادگاهها مکلف‌اند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد ـ(مادهٔ یک ق. ا. ح.).

قانون‌گذار برای نصب قیم تشریفات و اقدامات خاصی را پیش‌بینی کرده است. برخی از این تشریفات به متقاضیان و اشخاص عادی، برخی به دادستان و برخی به حاکم مربوط است.

برخی از این تشریفات و اقدامات مربوط به قبل از صدور حکم حجر است و بعضی به مرحله صدور حکم حجر و نصب قیم ارتباط دارد و پاره‌ای از آنها تشریفات دیگری است که قانون‌گذار برای حفظ حقوق محجور مقرر داشته است؛ بنابراین ما این مطالب را به ترتیب در سه بند مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

## بند اول: تشریفات قبل از صدور حکم حجر

### ۲۵۹. اعلام وضع محجور و تقاضای نصب قیم

در مواردی که نصب قیم لازم است قانون‌گذار اشخاصی را مکلف به اعلام وضع موجود و درخواست نصب قیم کرده است. این اشخاص عبارت‌اند از:

۱. هر یک از پدر و مادر. هرگاه جنون یا عدم رشد مجنون یا غیررشید متصل به زمان صغر او نباشد (بند ۳ ماده ۱۲۱۸ ق. م.)، هر یک از ابوین او مکلف است مراتب را به دادستان حوزه اقامت خود و یا به نماینده او اطلاع داده، تقاضای نصب قیم کند (ماده ۱۲۱۹ ق. م.).

۲. اقربایی که با شخص محتاج به قیم (محجور) زندگی می‌کنند. «در صورت نبودن هیچ‌یک از ابوین یا عدم اطلاع آنها انجام تکلیف مقرر در ماده قبل به عهده اقربایی است که با شخص محتاج به قیم در یکجا زندگی می‌نمایند» (ماده ۱۲۲۰ ق. م.).

۳. زوج یا زوجه. اگر شخص محتاج به قیم، زن یا شوهر داشته باشد، او نیز مکلف به انجام‌دادن تکلیف مقرر در ماده ۱۲۱۹ خواهد بود (ماده ۱۲۲۱ ق. م.).

۴. شهرداری، ادارات سازمان ثبت احوال، نیروی انتظامی، دهبان، بخشدار و به‌طورکلی هر یک از ضابطین دادگستری و هر یک از محاکم. هر یک از اشخاص و مقامات رسمی مذکور، در صورت اطلاع از وجود شخص محجور محتاج به قیم، باید مراتب را به رئیس دادگستری شهرستان یا اداره سرپرستی برای پیگیری امر و نصب قیم اطلاع دهند (مستفاد از مواد ۵۵ و ۵۶ ق. ا. ح.).

۵. قیم. هرگاه صغیر تحت قیمومت به سن بلوغ برسد، ولی، به علت عدم رشد یا جنون متصل به دوران صغر، حجر او ادامه داشته باشد، قیم او نیز باید مراتب را به اداره سرپرستی اطلاع دهد (ماده ۵۹ ق. ا. ح.). در این صورت دادگاه، پس از رسیدگی و حکم به استمرار سفه یا جنون، ممکن است قیم سابق را در قیمومت ابقا نماید (ماده ۵۹).

۶. دادستان و مسئولان اداره سرپرستی. دادستان و هر یک از متصدیان و مسئولان اداره سرپرستی نیز اگر از وجود محجوری آگاه شدند باید اقدامات لازم را برای نصب قیم انجام دهند (مستفاد از ماده ۱۲۲۲ ق. م.).

۷. مأموران کنسولی. در خارج از ایران این وظیفه به عهده مأموران کنسولی است که باید به محض اطلاع اقدام نمایند (مستفاد از مواد ۱۲۲۸ و ۱۲۲۹ ق. م.).

**۲۶۰. مرحله تحقیق و تکمیل اطلاعات**

در این مرحله اداره سرپرستی ضمن بررسی تقاضای رسیده از آگاهان محل و حتی

شخص محتاج به قیم تحقیقات لازم را به عمل می‌آورد و در صورت لزوم نظر کارشناس (پزشک یا روانپزشک) را اخذ می‌کند و اگر قبلاً حکم حجر صادر شده باشد، اشخاص مناسب برای قیمومت را شناسایی و به دادگاه صالح معرفی می‌کند. هرگاه حکم حجر صادر نشده باشد، پس از تکمیل اطلاعات، مراتب را برای صدور حکم به همان دادگاه ارسال می‌دارد.

تحقیق در مورد کودکان بیشتر درباره این است که آیا صغیر فاقد ولیّ خاص است یا نه. در صورتی که صغیر ولیّ خاص داشته باشد، چنان‌که گفتیم (ر. ک.: ش ۲۴۹ و ۲۵۱) قیم نصب نمی‌شود.

در مورد مجانین و اشخاص غیررشید طبق ماده ۱۲۲۳ ق. م. عمل می‌شود. در مورد مجانین دادستان یا اداره سرپرستی باید موضوع را به کارشناس ارجاع کند و نظر کارشناس را به دادگاه عمومی ارسال دارد. در صورت اثبات جنون، دادستان شهرستان به دادگاه رجوع می‌کند تا قیم نصب شود. در مورد اشخاص غیررشید نیز همان مرجع مکلف است قبلاً به وسیله آگاهان، اطلاعات کافی در باب سفیه بودن او به‌دست آورد و در صورتی که سفاهت را مسلم دید در دادگاه عمومی اقامه دعوی نماید و پس از صدور حکم عدم رشد برای نصب قیم به دادگاه رجوع نماید؛ بنابراین پس از تحقیق و تکمیل اطلاعات، حمایت از محجور در دو مرحله انجام می‌گردد: مرحله اول، صدور حکم حجر و مرحله دوم نصب قیم.

## بند دوم: صدور حکم حجر و نصب قیم

### ۲۶۱. دادگاه صالح

در گذشته دادگاه صالح برای صدور حکم حجر، محکمه ابتدایی (ماده ۵۷ ق. ا. ح.) و برای نصب قیم دادگاه شرع بود (ماده ۱۲۲۳ ق. م. مصوب ۱۳۱۴)؛ اما صلاحیت محاکم شرع برای نصب قیم به موجب ماده ۴۸ ق. ا. ح. مصوب ۱۳۱۹ به‌طور ضمنی نسخ شد. این ماده مقرر می‌دارد که «امور قیمومت راجع به دادگاه شهرستانی است که اقامتگاه

محجور در حوزه آن دادگاه است».[1]

بند ۳ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب نصب قیم را در صلاحیت این دادگاه قرار داد و متعاقب آن (به سال ۱۳۶۱) اصلاحاتی در مواد ۱۲۲۲، ۱۲۲۳، ۱۲۲۸ و ۱۲۴۳ ق. م. صورت گرفت و این قانون با مصوبه شورای انقلاب هماهنگ گردید.[2]

به موجب قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۷۳ دادگاه مدنی خاص منحل و دادگاه عمومی جایگزین آن گردید؛ لیکن برابر بند ۱۰ مادهٔ واحدهٔ قانون اختصاص تعدادی از دادگاههای موجود به دادگاههای موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی (دادگاه خانواده) مصوب ۱۳۷۶ نصب قیم و ناظر و ضم امین و عزل آنها در صلاحیت دادگاه خانواده قرار گرفت. این قانون راجع به حکم حجر تصریحی ندارد؛ ولی در مواردی که نصب قیم به صدور حکم حجر نیاز دارد، منطقی نیست که صدور حکم حجر در صلاحیت یک دادگاه و نصب قیم در صلاحیت دادگاه دیگر باشد؛ بنابراین می‌توان گفت دادگاه خانواده برای صدور حکم حجر نیز صالح است.

### ۲۶۲. صلاحیت محلی

در امور قیمومت دادگاهی صالح است که اقامتگاه محجور در حوزه آن واقع است (ماده ۴۸ ق. ا. ح.). هرگاه متوفی کودکانی در چندین اقامتگاه داشته باشد، دادگاهی که بدواً برای یکی از آنها قیم نصب کرده است، می‌تواند برای دیگران نیز قیم معین کند و اگر قیم معین نشده باشد دادگاهی که کوچک‌ترین صغیر در حوزه آن اقامت دارد، برای نصب قیم نسبت به همه آنها صالح است و هرگاه معلوم نباشد که کدام‌یک از کودکان کوچک‌ترند هر یک از دادگاههایی که صغیر در حوزه آن اقامت دارد صالح است (ماده ۵۱ ق. ا. ح.).

---

۱. برای دیدن نظر مخالف رجوع کنید به: حقوق *مدنی ایران*؛ ش ۴۸۲، ص ۲۳۷.
آقای جعفری لنگرودی، اظهارنظر کرده‌اند که «آن قسمت از قانون مدنی و سایر قوانین که دادگاه شرع را مرجع نصب قیم قرار داده است متروک به قانون امور حسبی است»، (*دانشنامه حقوقی*؛ ج ۲، ش ۱۶، ص ۴۵۱).

۲. علی‌رغم اصلاحات انجام شده هنوز در ماده ۱۲۲۵ ق. م. عبارت محکمه شرع دیده می‌شود که باید اصلاح گردد.

ممکن است در اقامتگاه محجور دادگاه صالح برای امور قیمومت موجود نباشد، در این صورت نزدیک‌ترین دادگاه به اقامتگاه محجور صالح است (ماده ۵۲ ق. ا. ح.).

هرگاه اقامتگاه یا محل سکونت محجور در خارج از ایران باشد، برای رسیدگی به امور مربوط به قیمومت، دادگاه عمومی تهران صالح است (ماده ۴۹ ق. ا. ح.). چنان‌که گفتیم، در این‌گونه موارد ابتدا به موجب ماده ۱۲۲۸ ق. م. مأمور کنسولی ایران، در کشوری که محجور در آنجا ساکن یا مقیم است، قیم موقت تعیین می‌کند و مدارک کار خود را از طریق وزارت امور خارجه به دادگستری تهران ارسال می‌دارد؛ در صورت تنفیذ عمل کنسول، همان شخص، قیم محجور خواهد بود و در غیر این صورت نیز تعیین قیم با دادگاه عمومی تهران خواهد بود (ماده ۵۰ ق. ا. ح.).

اگر محجور در ایران اقامتگاه نداشته باشد، یا اقامتگاه او معلوم نباشد، دادگاهی که محجور در حوزه آن ساکن است یا یافت می‌شود صالح است (ماده ۴۸ و ۵۳ ق. ا. ح.). در هر صورت، عزل قیم یا نصب قیم جدید و رسیدگی به سایر امور محجور در صلاحیت دادگاهی است که بدواً نصب قیم کرده است (ماده ۵۴ ق. ا. ح.).

**۲۶۳. رسیدگی طاری به اهلیت و حجر طرف معامله**

ممکن است اهلیت و حجر یکی از طرفین معامله طی رسیدگی به پرونده‌ای به عنوان یک مسئله طاری، نه اصلی، مطرح گردد و دادگاه مکلف به رسیدگی به آن نیز باشد؛ در این صورت همان دادگاه، به عنوان یک امر مقدماتی و به منظور تصمیم‌گیری در موضوع اصلی، به اهلیت یا حجر نیز رسیدگی می‌کند و به آنچه نزد او در این زمینه ثابت شده است ترتیب اثر می‌دهد. ماده ۷۲ ق. ا. ح. در این‌باره مقرر می‌دارد «حکم حجر یا رفع حجر مانع نیست که اگر اهلیت یا عدم اهلیت یکی از متعاملین در دادگاهی قبل از حکم حجر و یا بعد از رفع حجر ثابت شود، دادگاه به آنچه نزد او ثابت شده است ترتیب اثر دهد». این ماده متضمن دو حکم به شرح ذیل است:

۱. اثبات اهلیت محجور قبل از حکم حجر. ممکن است محجور قبل از صدور حکم حجر، یا تاریخ محجور شدن، طرف معامله با دیگری واقع شده باشد و پس از صدور حکم حجر، عدم اهلیت او در زمان عقد قرارداد و بطلان معامله ادعا شود و

حسب مورد، قیم محجور یا طرف دیگر معامله، اهلیت محجور در زمان عقد قرارداد را به اثبات رسانند، در این صورت دادگاه به آنچه نزد او ثابت شده است ترتیب اثر می‌دهد؛ مثلاً اگر قیم ثابت کند که مولی‌علیه در زمان وقوع معامله از سلامت عقل و اهلیت قانونی برخوردار بوده است، دادگاه بر اساس اهلیت طرف معامله عمل خواهد کرد و حکم به صحت قرارداد مورد نزاع خواهد نمود. در این‌گونه موارد همان دادگاهی که به دعوای اصلی رسیدگی می‌کند، به اهلیت محجور نیز به عنوان یک امر طاری و مقدماتی رسیدگی می‌نماید، نه دادگاه صادرکننده حکم حجر.

**۲.** اثبات حجر پس از رفع حجر. هرگاه از محجوری رفع حجر شود و حکم شایسته در این مورد از دادگاه صلاحیتدار صادر گردد؛ سپس در دادگاه دیگر، اهلیت وی در ارتباط با قرارداد خاصی مورد انکار واقع شود و حجر وی در زمان وقوع معامله به اثبات برسد، به موجب ماده ۷۲ ق. ا. ح. اولاً، حکم رفع حجر مانع از آن نیست که دادگاه به حجر بعدی معامله کننده که نزد او ثابت شده است ترتیب اثر دهد، چنان‌که بدین سبب حکم به بطلان قرارداد نماید؛ ثانیاً، همان دادگاه صلاحیت رسیدگی به مسئله طاری عدم اهلیت در مورد خاص را دارد، نه دادگاه صادرکننده حکم رفع حجر. این مسئله در گذشته که دادگاه ویژه‌ای به مسئله حجر و رفع حجر رسیدگی می‌کرد از اهمیت بیشتری برخوردار بود.

### ۲۶۴. صدور حکم حجر

پس از تقاضا یا اعلام کسانی که بر طبق قانون به معرفی شخص محتاج به قیم مکلف‌اند، یا در صورت اطلاع خود دادستان، هرگاه برای شخص یاد شده حکم حجر صادر نشده باشد، باید تقاضای حکم حجر شود. چنان‌که گفتیم این تقاضا از دادگاه عمومی به عمل می‌آید.

معمولاً دادستان تقاضای صدور حکم حجر می‌نماید، ولی به نظر می‌رسد که اشخاص دیگر نیز می‌توانند شخصاً به دادگاه رجوع و صدور حکم حجر را درخواست کنند که در این صورت دادگاه مکلف به رسیدگی و اخذ تصمیم است

(مستنبط از مواد ۱، ۱۴، ۱۵، ۹۶ و ۱۰۲ ق.ا.ح.).[1]

برای اشخاصی که به سن بلوغ یا رشد نرسیده‌اند، صدور حکم حجر لازم نیست، زیرا اصل عدم بلوغ و رشد است و حجر آنان استصحاب می‌شود، ولی بلوغ و رشد به‌عنوان دو وصف حادث باید اثبات شوند. در صورت اختلاف، مدعی بلوغ و رشد باید ادعای خود را در دادگاه به اثبات رساند و در این صورت، دادگاه حکم به رفع حجر خواهد داد؛ اما در مواردی که علت حجر بعد از بلوغ و رشد حادث شده باشد، صدور حکم حجر ضروری است (مستنبط از ماده ۷۱ ق. ا. ح.)، زیرا در صورت تردید در زوال رشد می‌توان به یقین سابق (رشد) عمل نمود، مگر اینکه خلاف آن، یعنی عدم رشد یا جنون، ثابت شود.

هرگاه دادگاه، پس از رسیدگی، تصرفات مالی شخص را برخلاف متعارف و شیوه عقلا دید و اعمال او را سفهی تشخیص داد یا زوال عقل بر او ثابت شد، حکم حجر صادر می‌کند. چنان‌که گفتیم، در این‌گونه موارد دادگاه باید ابتدای تاریخ حجر را که دارای آثار حقوقی مهمی است معین و در حکم خود قید نماید (ماده ۷۱ ق. ا. ح.). فوت کسی که درخواست حجر او شده مانع رسیدگی دادگاه و صدور حکم حجر نیست؛ زیرا آثاری که بر حجر مترتب است با فوت محجور از بین نمی‌رود و دادگاه باید رسیدگی را به طرفیت ورثه ادامه داده، حکم مقتضی را صادر کند (رأی شماره ۷۲، مورخ ۱۳۵۳/۹/۴ ردیف ۵۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).

حکم حجر بر طبق بند ب مادهٔ ۳۳۱ ق. آ. د. م. مصوب ۱۳۷۹. قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان است.

### ۲۶۵. انتشار حکم حجر

انتشار حکم حجر گاهی اختیاری و گاهی الزامی است. به دستور ماده ۱۲۲۶ ق. م.

---

۱. هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در گذشته چنین اتخاذ تصمیم کرده است: «وظایفی که قانون در باب اعلام حجر مجنون یا سفیه به عهده دادستان محول کرده منافی با اینکه اشخاص ذی‌نفع در صورت اقتضا برای اثبات حجر به دادگاه مراجعه کنند نیست»، (رأی شماره ۷۲، مورخ ۱۳۵۳/۹/۴، ردیف ۵۶، نقل از: *روزنامه رسمی*؛ شماره ۵۳۹/۲۳/۸۷۲۰).

«اسامی اشخاصی که بعد از کبر و رشد به علت جنون یا سفه محجور می‌گردند باید در دفتر مخصوص ثبت شود. مراجعه به دفتر مزبور برای عموم آزاد است»، اما «... انتشار حجر هر کسی که نظر به وضعیت دارایی او ممکن است طرف معاملات بالنسبه عمده واقع گردد الزامی است»، (قسمت اخیر ماده ۱۲۲۵ ق. م.).

فلسفه الزامی شدن انتشار حکم حجر این اشخاص آن است که دیگران از وضع آنان آگاه گردند و با شناخت کافی معامله نمایند. درواقع حفظ حقوق اشخاصی که با این‌گونه محجورین طرف معامله واقع می‌شوند ایجاب می‌کند که حجر آنان آگهی شود؛ اما در مورد دیگر محجورین، آگهی اختیاری است و ممکن است حسب مورد به تشخیص دادستان یا دادگاه به نشر آگهی اقدام شود.

**۲۶۶. تعیین امین موقت**

گاهی جریان رسیدگی به موضوع حجر و صدور حکم و انتشار آن و نصب قیم طولانی می‌شود و ممکن است در این فاصله محجور در اموال خود تصرفی بکند یا اموال مورد سوءاستفاده دیگران قرار بگیرد؛ به همین منظور قانون‌گذار تعیین امین موقت را پیش‌بینی کرده است. ماده ۶۴ ق. ا. ح. در این باره مقرر می‌دارد «دادگاه می‌تواند شخصی را که درخواست حجر او شده قبل از صدور حکم و یا بعد از صدور حکم و قبل از قطعی شدن آن از بعض یا تمام تصرفات در اموال موقتاً ممنوع نماید و در این صورت دادگاه امینی موقت برای حفظ اموال و تصرفاتی که ضرورت دارد معین می‌نماید».

چنان‌که از این ماده برمی‌آید، وظیفه امین موقت حفظ اموال و تصرفات ضروری به نمایندگی از شخصی است که درخواست حجر او شده است و با حکم قطعی دادگاه مبنی بر عدم حجر یا صدور حکم حجر و نصب قیم وظیفه او پایان می‌پذیرد.[1]

---

۱. در پاره‌ای از قوانین دیگر نیز تعیین قیم موقت برای محجور پیش‌بینی شده است. مادهٔ ۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ مقرر ←

### ۲۶۷. نصب قیم

دادگاه از میان کسانی که برای قیمومت معرفی شده‌اند یک یا چند نفر را که اوصاف و شرایط لازم را داشته باشند به سمت قیم معین و حکم نصب او یا آنان را صادر می‌کند و اگر اشخاصی را که معرفی شده‌اند شایسته و معتمد ندید معرفی اشخاص دیگری را از دادستان خواهد خواست (ماده ۱۲۲۲ ق. م. اصلاحی ۶۱/۱۰/۸). در صورتی که دو یا چند نفر به سمت قیم تعیین شوند، دادگاه می‌تواند وظایف آنها را تفکیک کند (ماده ۱۲۳۴ ق. م.) و یا آنها را مجتمعاً منصوب نماید تا با موافقت یکدیگر انجام وظیفه نمایند (مستنبط از ماده ۶۳ ق. ا. ح. و مفهوم ماده ۱۲۳۴ ق. م.). همچنین دادگاه می‌تواند برای چند محجور یک قیم انتخاب نماید (ماده ۶۰ ق. ا. ح.). در صورت نیاز، برای ایرانیان مقیم خارج از کشور، به‌وسیله نماینده کنسولی قیم موقت نصب می‌شود (ماده ۱۲۲۸ ق. م.)، (ر. ک.: ش ۲۶۲).

### ۲۶۸. ابلاغ حکم قیمومت

حکم قیمومت باید به قیم ابلاغ شود. لزوم این ابلاغ یک حکم عقلی است، زیرا او باید بداند که رسماً مسئول است تا وظایف خویش را انجام بدهد. قانون‌گذار نیز این الزام را پذیرفته و مقرر داشته است که «هرگاه قیم در دادگاه حاضر باشد، حضوراً به او اعلام و اگر در دادگاه حاضر نباشد باید فوراً به او ابلاغ گردد»، (ماده ۶۷ ق. ا. ح.). حکم قیمومت به دادستان نیز اطلاع داده می‌شد (ماده ۶۹ ق. ا. ح.).

---

← می‌دارد: «در مواردی که تعقیب امر جزایی منوط به شکایت شاکی خصوصی است و متضرر از جرم محجور (صغیر، غیر رشید یا مجنون) بوده و دسترسی به ولیّ یا قیم او نباشد یا مجنیّ‌علیه ولیّ یا قیم نداشته باشد و نصب قیم موجب فوت وقت یا توجه ضرر به محجور شود، تا حضور و مداخلهٔ ولیّ یا قیم یا نصب قیم و همچنین در صورتی که ولیّ یا قیم، خود مرتکب جرم شده یا مداخله در آن داشته باشد، دادگاه شخص دیگری را به عنوان قیم موقت تعیین می‌کند و یا خود امر جزایی را تعقیب نموده و اقدامات ضروری را برای حفظ و جمع‌آوری دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم به عمل می‌آورد. تبصره ـ در خصوص غیر رشید فقط در دعاوی غیرمالی ترتیب مذکور در این ماده لازم‌الرعایه می‌باشد».

پس از ابلاغ حکم قیمومت به قیم، او سه روز از تاریخ ابلاغ فرصت دارد تا قبول یا عدم قبول خود را اعلام کند. اگر در این مدت قبولی خود را اطلاع نداد یا قیمومت را قبول نکرد، نسبت به تعیین قیم جدید اقدام خواهد شد و هرگاه قبل از تعیین قیم جدید شخصی که قبلاً به قیمومت معین شده قبولی خود را اطلاع دهد، شخص دیگری معین نخواهد شد (ماده ۶۸ ق. ا. ح.).

## بند سوم: اقدامات دیگر برای حفظ حقوق محجور

### ۲۶۹. اخذ تضمین از قیم

در صورت وجود موجبات موجه، دادگاه از قیم تضمیناتی راجع به اداره اموال مولی‌علیه می‌خواهد. تعیین نوع تضمین به نظر دادگاه است (ماده ۱۲۴۳ ق. م.). ظاهراً این ماده ناظر به اخذ تضمین در جریان قیمومت است، نه در موقع نصب قیم؛ زیرا قیم امین است و لازم نیست که قبلاً از او تضمین خواسته شود و اگر دادگاه در امانت شخص پیشنهاد شده شک داشته باشد، نباید او را به سمت قیم تعیین کند. این معنی را از قسمت اخیر ماده نیز می‌توان دریافت؛ زیرا در این قسمت مقرر گردیده است که «... هرگاه قیم برای دادن تضمین حاضر نشد از قیمومت عزل می‌شود». عزل زمانی مفهوم دارد که نصب قیم انجام شده باشد و عزل در مورد کسی که قرار است در آینده به سمت قیم نصب شود، صدق نمی‌کند. با اینکه ماده ۱۲۴۳ ق. م. ناظر به اخذ تضمین در جریان قیمومت است، به نظر می‌رسد که دادگاه می‌تواند بر اساس مصلحت محجور، قبل از نصب قیم، از شخصی که برای قیمومت معرفی شده است تضمین بخواهد، همان‌طور که در مورد امینی که برای اداره اموال غایب مفقودالاثر تعیین می‌شود، طبق ماده ۱۰۱۳ ق. م.، چنین اختیاری به دادگاه داده شده است (ر. ک.: ش ۵۷). این تضمین که نوع آن به نظر دادگاه بستگی دارد غیر از ضمان قانون مدنی (موضوع مواد ۶۸۴ به بعد) است، بلکه یک قرارداد نامعین و مشمول ماده ۱۰ ق. م. است و از این‌رو مشمول قواعد خاص عقد ضمان نخواهد بود.

**۲۷۰. ضم ناظر به قیم**

گاهی دادگاه، علاوه بر نصب قیم، یک یا چند نفر ناظر نیز برای نظارت یا تصویب اعمال قیم تعیین می‌کند (ماده ۱۲۲۲ ق. م.) که در این صورت دادگاه باید حدود اختیارات ناظر را نیز تعیین کند. در پاره‌ای از موارد واقعه‌ای پیش می‌آید که ضم ناظر به قیم را توجیه می‌کند؛ مثلاً «هرگاه زن بی‌شوهری ولو مادر مولی‌علیه که به سمت قیمومت معین شده است اختیار شوهر کند باید مراتب را در ظرف یک ماه از تاریخ انعقاد نکاح به دادستان حوزه اقامت خود یا نماینده او (اداره سرپرستی) اطلاع دهد. در این صورت دادستان یا نماینده او می‌تواند با رعایت وضعیت جدید آن زن تقاضای تعیین قیم جدید یا ضم ناظر کند»، (ماده ۱۲۵۱ ق.م. اصلاحی ۱۳۶۱/۱۰/۸).

ناظر ممکن است استطلاعی (اطلاعی) یا استصوابی باشد. ناظر اطلاعی شخصی است که قیم باید کارهای خود را به اطلاع او برساند؛ ولی لازم نیست اعمال قیم با تصویب و موافقت قبلی او باشد؛ اما در صورتی که ناظر، بر طبق تصمیم دادگاه، استصوابی باشد، کارهای قیم باید با صلاحدید و تصویب او انجام گیرد و هرگاه قیم بدون موافقت او اعمال حقوقی به نمایندگی از محجور انجام دهد، اعمال مزبور غیرنافذ خواهد بود. بدیهی است که ناظر، چه اطلاعی باشد چه استصوابی، می‌تواند تخلفات قیم را به دادستان یا دادگاه عمومی اطلاع دهد و در این صورت مقام یاد شده یا دادگاه اقدام لازم را برای حفظ حقوق محجور و رعایت مصلحت او به عمل خواهد آورد.

دادگاه می‌تواند نظارت بر اعمال قیم و امور مولی‌علیه را به هیئت یا مؤسسه و به‌طور کلی به یک شخص حقوقی واگذار نماید (مستفاد از ماده ۱۲۴۷ ق. م.).

## مبحث چهارم: شرایط و اوصاف قیم

**۲۷۱. طرح مطلب**

نامزد قیمومت باید واجد پاره‌ای اوصاف و فاقد برخی از عیوب و کمبودها باشد. به همین مناسبت ابتدا اوصاف قیم را ذکر و کسانی را که نباید به سمت قیم منصوب

شوند، معرفی می‌کنیم و سپس اولویتها در نصب قیم را مورد بحث قرار می‌دهیم، یعنی بررسی می‌کنیم که در قیمومت چه اشخاصی بر دیگران مقدم‌اند و بالاخره پاره‌ای مسائل قابل بحث را مطرح می‌نماییم.

**بند اول: اوصاف قیم**

**۲۷۲. اوصاف مثبت و منفی**

اوصاف قیم به اوصاف مثبت و منفی قابل تقسیم است. اوصاف مثبت اوصافی است که قیم باید آنها را دارا باشد و اگر نامزد قیمومت، آن اوصاف را نداشته باشد به سمت قیم منصوب نخواهد شد؛ اما اوصاف منفی صفاتی است که قیم نباید آنها را داشته باشد و وجود آنها مانع احراز قیمومت است. در زمینه اوصاف مثبت (شرایط) می‌توان از توانایی، امانت، بلوغ، رشد و اسلام نام برد و در مورد اوصاف منفی پاره‌ای موانع قانونی مانند ارتکاب برخی از جرایم و فساد اخلاق قابل ذکر است.

**الف) شرایط**

**۲۷۳. توانایی**

داشتن قدرت و توانایی شرط عقلی سمت قیم می‌باشد، زیرا بدون این وصف قیم قادر به انجام دادن وظیفه نخواهد بود و با نصب فرد ناتوان نمی‌توان امور محجور را اداره کرد. البته منظور از توانایی، قدرت جسمانی و فیزیکی نیست بلکه قدرت انجام دادن اعمال حقوقی، داشتن مدیریت، درایت و اداره امور زندگی محجور مدنظر است. قانون‌گذار در بند ۵ ماده ۱۲۴۸ ق. م. به لزوم شایستگی و توانایی در قیم اشاره کرده است. به‌علاوه این حکم از برخی از مواد دیگر قانونی به‌روشنی استنباط می‌گردد؛ مثلاً به موجب بند ۱ ماده ۱۲۳۱ ق. م. کسانی که خود تحت ولایت و قیمومت هستند نباید به سمت قیمومت منصوب شوند، یا ماده ۱۲۳۵ ق. م. مقرر می‌دارد که «مواظبت شخص مولی‌علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است» و نیز به دستور ماده ۷۹ ق. ا. ح.

«قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید ...». از مجموع این مواد می‌توان به لزوم داشتن توانایی و قدرت در قیم پی برد.

### ۲۷۴. امانت

امانت مهم‌ترین وصفی است که قیم باید به هنگام نصب و در دوران تصدی پیوسته دارا باشد (مستنبط از ماده ۱۲۳۸ ق. م. و ۹۴ ق. ا. ح.). هرگاه شخصی امین نباشد به سمت قیم منصوب نمی‌شود (مستنبط از بند ۲ ماده ۱۲۳۱ ق. م.) و اگر در عمل و از روی اشتباه به این سمت منصوب شده باشد، هر وقت که خلاف آن ثابت شد و معلوم گردید که شخص منصوب از اول امین نبوده، یا پس از نصب، این صفت از او سلب شده است، از سمت خود عزل می‌شود (بند ۱ ماده ۱۲۴۸ ق. م.).

### ۲۷۵. بلوغ و رشد

قیم باید بالغ و رشید باشد و اشخاص محجور را نمی‌توان به سمت قیم منصوب کرد، زیرا به حکم عقل کسی که خود محتاج به قیّم است نمی‌تواند قیّم دیگری باشد. بند ۱ ماده ۱۲۳۱ ق. م. تصریح می‌کند که «کسانی که خود تحت ولایت یا قیمومت هستند» نباید به سمت قیمومت تعیین شوند.

### ۲۷۶. اسلام

در حقوق اسلام ولایت کافر بر مسلم پذیرفته نشده است (... ولن یجعل اللّه للکافرین علی المؤمنین سبیلاً).[1]

قانون مدنی و قانون امور حسبی در مورد شرط اسلام در قیم ساکت است؛ لیکن ماده ۱۱۹۲ ق. م. مقرر می‌دارد که «ولیّ مسلم نمی‌تواند برای امور مولی‌علیه خود وصی غیرمسلم معین کند». چون قیمومت همانند وصایت نوعی ولایت است و با

---

۱. نساء، ۱۴۱.

وکالت (مأذون نمودن وکیل) تفاوت اساسی دارد؛[۱] بنابراین با استفاده از ملاک ماده مذکورمی‌توان گفت، حاکم برای محجور مسلم نمی‌تواند قیم غیرمسلم نصب کند.[۲]

### ب) موانع

#### ۲۷۷. موانع قانونی مبتنی بر عدم امانت

با توجه به اینکه قیم باید شایسته و امین باشد، قانون‌گذار کسانی را که به علت محکومیت یا فساد اخلاق یا طرف دعوی بودن با محجور فاقد امانت به نظر می‌رسند یا دست کم به ظن غالب، امین محسوب نمی‌شوند به صراحت از تصدی قیمومت منع کرده و به دیگر سخن پاره‌ای موانع قانونی برای قیمومت آنها ایجاد کرده است. علاوه بر کسانی که به دلیل نداشتن شرایط و اوصاف لازم از تصدی قیمومت ممنوع‌اند و در گذشته از آنها سخن گفتیم، اشخاصی به حکم قانون از داشتن سمت قیمومت منع شده‌اند. این اشخاص را، بر طبق بندهای ۲ تا ۵ ماده ۱۲۳۱ ق. م.، می‌توان به چهار گروه تقسیم کرد:

۱. کسانی که به علت ارتکاب جنایت یا یکی از جنحه‌های[۳] ذیل به موجب

---

۱. موکل مسلمان می‌تواند وکیل غیرمسلمان داشته باشد (جعفری لنگرودی؛ حقوق مدنی: وصیت؛ ش ۳۵۷، ص ۲۸۸)، زیرا وکالت مأذون ساختن وکیل است و اعطای ولایت نیست. به عقیده امامیه و شافعیها حضانت غیرمسلمان بر مسلمان پذیرفته نیست (*الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ ص ۳۷۹).
همچنین رجوع کنید به: *حقوق خانواده*؛ ج ۲، ش ۱۲۰.

۲. حائری شاهباغ، سیدعلی؛ شرح *قانون مدنی*؛ ج ۸، ص ۱۵۰.

۳. در گذشته، قانون مجازات عمومی منسوخ جرایم را به حسب شدت و ضعف مجازات به چهار دسته جنایت، جنحه بزرگ، جنحه کوچک و خلاف تقسیم کرده بود (ماده ۷ و ۸ همان قانون). به موجب ماده ۱۸۲ ق. آ. د. ک. جنایت جرمی است که جزای آن ترهیبی و ترذیلی با هم است یا فقط ترذیلی است و جنحه عبارت از جرمی است که جزای آن موافق قانون مجازات جنحه‌ای است (ماده ۱۸۳ ق. آ. د. ک.) به موجب ماده ۱۸۱ ق. آ. د. ک. جرایم به سه درجه جنایت و جنحه و خلاف تقسیم می‌شدند. مهم‌ترین مجازات جنحه‌ای، حبس تأدیبی بود که مدت آن از یازده روز تا سه سال بود.

حکم قطعی محکوم شده باشند: سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری، اختلاس، هتک ناموس یا منافیات عفت، جنحه نسبت به اطفال و ورشکستگی به تقصیر[1]؛

۲. کسانی که حکم ورشکستگی آنها صادر و هنوز عمل ورشکستگی آنها تصفیه نشده است؛

۳. کسانی که معروف به فساد اخلاق باشند. چنین کسانی از تصدی قیمومت ممنوع‌اند، اگرچه حکمی به فساد اخلاق آنان از یک مرجع قضایی صادر نشده باشد. تشخیص شهرت به فساد اخلاق با دادگاه صالح برای نصب قیم است؛

۴. کسی که خود یا خویشان طبقه اول او دعوایی بر محجور دارند. این اشخاص در معرض اتهام‌اند و بعید است با امانت و دلسوزی کارهای محجور را اداره کنند و به همین لحاظ قانون آنان را از تصدی قیمومت منع کرده است.

اشخاصی که محجور بر آنان یا اقربای طبقه اولشان دعوایی دارد نیز همین وضع را دارند و باید ممنوع از قیمومت باشند. اگرچه قانون‌گذار به این قاعده تصریح نکرده است، لیکن می‌توان با وحدت ملاک آن را از بند ۵ ماده ۱۲۳۱ ق. م. استنباط کرد.

**۲۷۸. منع قانونی ناشی از ازدواج**

از آنجا که زن شوهردار وظایفی نسبت به شوهر و خانواده خود دارد و ممکن است نتواند این وظایف را با وظایفی که قیمومت بر عهده او می‌گذارد، جمع کند،

---

۱. بر طبق یک رأی قدیمی «کسانی که تحت تعقیب جزایی هستند نمی‌توانند از قبل حاکم، قیم شوند»، (حکم شماره ۱۲۷۲، مورخ ۱۳۰۷/۱۰/۹؛ *اصول قضایی عبده*؛ قسمت اول، ص ۱۵۶، نقل از: نیک‌فر، مهدی، *قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور*؛ ذیل ماده ۱۲۳۱ ق. م.)؛ لیکن این نظر قابل ایراد است، زیرا صرف اتهام و تعقیب کیفری دلیل بر وقوع جرم و عدم امانت نیست. بند ۲ ماده ۱۲۳۱ ق. م. نیز از محکومیت به موجب «حکم قطعی» سخن گفته است نه تعقیب کیفری؛ بنابراین رأی یاد شده نه با ماده مزبور وفق می‌دهد نه با اصول و موازین حقوقی.

به‌علاوه ممکن است قبول قیمومت، بدون رضایت شوهر، به زیان محجور نیز باشد، قانون‌گذار قبول قیمومت از سوی زن شوهردار را موکول به رضایت شوهر کرده است. ماده ۱۲۳۳ ق. م. در این باره می‌گوید که «زن نمی‌تواند بدون رضایت شوهر خود سمت قیمومت را قبول کند». به‌نظر می‌رسد که مبنای این ماده بیشتر رعایت حال شوهر و خانواده است که شوهر ریاست آن را بر عهده دارد و به همین دلیل نصب زن شوهردار به سمت قیم با رضایت شوهر مجاز شناخته شده است.

هرگاه زن بی‌شوهری، ولو مادر مولی‌علیه، به سمت قیم منصوب شود و سپس ازدواج کند، باید مراتب را ظرف یک ماه از تاریخ انعقاد نکاح به دادستان یا نمایندهٔ او اطلاع دهد. در این صورت دادگاه با توجه به نظر دادستان و وضعیت جدید زن، می‌تواند قیم جدید تعیین یا ضم ناظر کند (مستفاد از ماده ۱۲۵۱). از عبارت قانون که کلمه «می‌تواند» را به کار برده می‌توان استنباط کرد که در این صورت دادگاه مخیر است با رعایت مصلحت محجور همان زن را در سمت قیمومت، بدون ضم ناظر، ابقا کند. گاهی مصلحت محجور همین راه‌حل را اقتضا می‌کند، چنان‌که ممکن است قیم، مادر محجور بوده و شخص شایسته دیگری برای سرپرستی محجور وجود نداشته باشد. در این فرض بجاست دادگاه مادری را که شوهر کرده است در سمت قیمومت ابقا نماید. به‌هرحال، در این مورد و نیز در مورد بقای قیمومت با ضم ناظر به رضایت شوهر نیازی نیست و عدم رضایت شوهر نمی‌تواند موجب برکناری زن از قیمومت، که چه بسا به منافع محجور لطمه می‌زند، باشد.

**۲۷۹. تعیین شخص حقوقی به سمت قیم**

آیا می‌توان شخص حقوقی را به سمت قیم تعیین کرد؟ ممکن است گفته شود قیمومت و اختیارات و وظایف ناشی از آن از اموری است که برحسب طبیعت، به انسان اختصاص دارد و شخص حقوقی نمی‌تواند دارای این سمت باشد. با وجود این، به نظر می‌رسد که شخص حقوقی در حدود اختیارات قانونی یا قراردادی خود، می‌تواند عهده‌دار قیمومت باشد. اختیارات و وظایف قیم که اغلب ناظر به

اداره اموال مولی‌علیه و مواظبت شخص اوست، نه به موجب قانون و نه برحسب طبیعت، ویژه شخص طبیعی نیست؛ بنابراین ممکن است قیمومت را به شخص حقوقی مانند یک مؤسسه خیریه واگذار کرد. در تأیید این نظر می‌توان به ملاک ماده ۱۲۴۷ ق. م. ـ که تعیین هیئت یا مؤسسه را به عنوان ناظر بر امور مولی‌علیه پیش‌بینی کرده است ـ استناد نمود.[1] این ماده تعیین شخص حقوقی به سمت ناظر را پیش‌بینی کرده است و چون خصوصیتی در مورد ناظر نیست، می‌توان حکم ماده را به مورد قیم نیز تعمیم داد. در صورت تعیین شخص حقوقی به سمت قیم، امور محجور به وسیلهٔ نمایندگان آن شخص اداره می‌شود و شخص حقوقی مسئول اعمال نمایندگان خود خواهد بود.

## بند دوم: اولویتها در نصب قیم

### ۲۸۰. دارندگان حق تقدم

هرگاه دارندگان شرایط قیمومت متعدد باشند، باید فردی را که شایسته‌تر است انتخاب کرد. قانون‌گذار اولویتهایی را به ترتیب ذیل مقرر داشته است:

---

۱. برخی از حقوقدانان گفته‌اند چون دلیلی نیست که قیم شدن از مختصات شخص طبیعی باشد، ماده ۵۸ ق. ت. اعمال می‌شود، یعنی شخص حقوقی هم می‌تواند قیم واقع شود (*دانشنامه حقوقی*؛ ج ۴، ص ۵۵۸). با وجود این مجلس شورای اسلامی ظاهراً با این نظر موافق نبوده است؛ زیرا واگذاری قیمومت محجوران تحت پوشش سازمان بهزیستی کشور به سازمان مذکور را نپذیرفته و به موجب قانون واگذاری قیمومت محجوران تحت پوشش بهزیستی کشور به سازمان مذکور تا زمان تعیین قیّم توسط دادگاه صالح مصوّب ۲۹ تیرماه ۱۳۷۶ چنین مقرّر داشته است: «تا زمانی که دادگاه فرد معیّنی را به عنوان قیّم نصب نکرده در موارد ضروری دادستان محل می‌تواند رئیس سازمان بهزیستی کشور و مدیران کل و رؤسای ادارات بهزیستی محل را با حق توکیل به غیرموقتاً به عنوان نمایندهٔ قانونی محجورین با اختیارات و مسئولیّتهای قانونی قیّم نصب نماید. تشخیص ضرورت به عهدهٔ سازمان مذکور می‌باشد.» (ر.ک.: نشریهٔ ضمیمهٔ *روزنامهٔ رسمی*، ش ۶۵۳، ص ۴۲۷). چنان‌که از این قانون برمی‌آید، واگذاری قیمومت موقت به رؤسای سازمان بهزیستی در موارد ضروری مجاز شناخته شده است، نه واگذاری قیمومت به سازمان بهزیستی به عنوان شخص حقوقی.

۱. پدر، یا مادر محجور، مادام که شوهر ندارد، با داشتن صلاحیت، برای قیمومت بر دیگران مقدم است (ماده ۶۱ ق. ا. ح.).

۲. در صورت محجور شدن زن، شوهر با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم است (ماده ۶۲ ق. ا. ح.).

۳. با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقربای محجور بر سایرین مقدم خواهند بود (ماده ۱۲۳۲ ق. م.).

۴. کسانی که ضامن یا تضمینات کافی بدهند بر دیگران مقدم‌اند (مستفاد از ماده ۱۲۴۳ ق. م.).

**۲۸۱. چند مسئله**

۱. هرگاه با وجود پدر یا مادر یا شوهر یا خویشان نزدیک، اشخاص واجد صلاحیت دیگری که از حیث قرابت با محجور در مرتبه دورتری قرار دارند یا هیچ‌گونه نسبتی با او ندارند، حاضر به دادن تضمین هستند، در صورتی که اشخاص نزدیک‌تر حاضر به دادن تضمین نیستند، تقدم با کیست؟ در پاسخ این سؤال می‌توان گفت که چون قیم امین است و امین شخص مورد اعتمادی است که اخذ تضمین از او لازم نمی‌باشد؛ خویشان نزدیک را باید مقدم شمرد. وانگهی از اطلاق مواد ۶۱، ۶۲ ق. ا. ح. و از اطلاق ماده ۱۲۳۲ ق. م. نیز می‌توان استنباط کرد که اقربای محجور بر دیگران برتری دارند، اگرچه حاضر به دادن تضمین نباشند.

۲. هرگاه محجور محتاج به قیم، خویشان متعددی داشته باشد که از جهت نزدیکی و دوری قرابت تفاوت داشته باشند، حق تقدم با کیست؟ با توجه به ملاک مواد قانونی یاد شده که نزدیکی شخص به محجور را مناط اولویت دانسته است، می‌توان گفت در صورت تساوی خویشاوندان از لحاظ شایستگی و امانت، کسی که قرابت نزدیک‌تری با محجور دارد بر دیگران مقدم است و به دیگر سخن، در تعیین قیم ضابطه الاقرب‌فالاقرب رعایت خواهد شد.

۳. هرگاه محجور هم زن یا شوهر و هم پدر و مادر داشته باشد، دادگاه چه کسی را باید به سمت قیم تعیین کند؟ به نظر می‌رسد که اصولاً هیچ‌یک از این اشخاص بر دیگری تقدم ندارد و دادگاه می‌تواند بر اساس مصلحت محجور یکی از آنان را

به عنوان قیم منصوب کند یا هر سه نفر را برای تصدی قیمومت و اداره امور محجور تعیین نماید.

## مبحث پنجم: اختیارات، وظایف و حقوق قیم

**۲۸۲. قاعده**

قانون‌گذار، علاوه بر مقررات قانون مدنی (ماده ۱۲۳۵ به بعد) فصل سوم قانون امور حسبی (ماده ۷۴ تا ۹۵) را به اختیارات و مسئولیت قیم اختصاص داده و وظایف خاص و اختیاراتی برای او مقرر داشته است. به‌طور کلی سرپرستی و اداره امور محجور، اعم از غیرمالی و مالی، بر عهده قیم است. قانون‌گذار در ماده ۱۲۳۵ ق. م. وظایف و اختیارات قیم را به‌طور کلی مواظبت شخص مولی‌علیه و اداره اموال او دانسته و چنین مقرر داشته است که «مواظبت شخص مولی‌علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است». این ماده شامل اداره کلیه امور مالی و غیرمالی محجور است. عبارت «مواظبت شخص مولی‌علیه» به سرپرستی و اداره امور غیرمالی مولی‌علیه و جمله «نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی» به اداره امور مالی محجور اشارت دارد.

ایرادی که به قانون‌گذار وارد است این است که به امور مالی محجور بیشتر توجه کرده و قواعد بیشتری راجع به آن آورده و گویی امور مالی را مهم‌تر از امور غیرمالی دانسته است، در حالی‌که امور غیرمالی، مانند نگهداری و تعلیم و تربیت، باید اهمیت بیشتری داشته باشد.

به هرحال، وظایف و اختیارات قیم را می‌توان با دو عنوان اداره امور غیرمالی و اداره امور مالی مورد بحث قرار داد. به‌علاوه در پایان این مبحث از حق‌الزحمه قیم و سایر هزینه‌ها نیز سخن می‌گوییم.

### بند اول: اداره امور غیرمالی محجور

**۲۸۳. نگهداری**

بر طبق قانون مدنی (ماده ۱۱۶۸ به بعد) حضانت و نگهداری محجور در درجه اول

بر عهده پدر و مادر است و در صورتی که محجور پدر و مادر نداشته باشد یا آنان فاقد صلاحیت برای نگهداری او باشند، این وظیفه بر عهده جد پدری است و در صورت فقدان ولیّ قهری، وصی منصوب از طرف ولیّ قهری، در حدود اختیاراتی که موصی، به او داده است، عهده‌دار حضانت خواهد بود. هرگاه محجور مادر و ولیّ خاص (پدر و جد پدری و وصی منصوب) نداشته باشد، حضانت به قیم محول می‌گردد. اطلاق مواظبت که اعم از مواظبت جسمی و روحی است حضانت را نیز دربر می‌گیرد.[۱]

قابل ذکر است که صغیر با رسیدن به سن بلوغ در امور غیرمالی از حجر خارج می‌شود (ر.ک.: ش ۲۰۹ و ۲۱۱)، هرچند که خروج او از حجر در امور مالی به احراز رشد نیاز دارد؛ بنابراین در مورد شخص بالغ مسئله حضانت قانوناً منتفی است و هر تصمیمی که در مورد نگهداری و زندگی او با شخص یا اشخاص معین گرفته می‌شود باید با موافقت او باشد. به‌طور کلی در مورد سفیه، چون حجر او محدود به امور مالی است، مسئله حضانت و نگهداری مطرح نمی‌شود و سفیه از این لحاظ و سایر امور غیرمالی آزاد است.

**۲۸۴. آموزش و پرورش**

آموزش و پرورش محجور نیز بر عهده قیم است. علاوه بر اینکه این مطلب از ماده ۱۲۳۵ ق. م. مستفاد می‌گردد، ماده ۷۹ ق. ا. ح. نیز به این وظیفه اشارت می‌کند. به موجب این ماده «قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید ...»؛ بنابراین قیم باید در حدود متعارف و با رعایت مقررات ذی‌ربط در آموزش و پرورش محجور کوشش کند، چنان‌که مولی‌علیه را در مدرسه مناسب ثبت‌نام کند و برای آموزشهای شغلی و حرفه‌ای او اقدام نماید و در صورتی که مصلحت محجور اقتضا کند، اجازه کارآموزی به او بدهد (ماده ۸۵ ق. ا. ح.).

---

۱. *حقوق خانواده*؛ ج ۲، ش ۱۱۷، ص ۱۳۰ و ۱۳۱.

## ۲۸۵. ازدواج

قیم در ازدواج نابالغ اختیاری ندارد و اختیاری که تبصره ماده ۱۰۴۱ ق. م. برای عقد نکاح قبل از بلوغ به ولیّ داده است ناظر به ولیّ قهری است و قابل تعمیم به قیم نیست.[1]

در مورد سفیه ممکن است گفته شود که او در امور غیرمالی محجور نیست و خود می‌تواند ازدواج کند و به اذن یا اجازه قیم نیازی ندارد، ولی از آنجا که فقیهان امامیه نکاح سفیه را، با توجه به آثار مالی آن، محتاج به اذن ولیّ دانسته‌اند، قانون مدنی محمول بر قبول نظر فقیهان امامیه است. پس اذن قیم در ازدواج سفیه لازم است و بدون اذن او، نکاح غیرنافذ محسوب می‌شود.[2]

در مورد ازدواج مجنون ماده ۸۸ ق. ا. ح. مقرر می‌دارد «در صورتی که پزشک ازدواج مجنون را لازم بداند قیم با اجازه دادستان می‌تواند برای مجنون ازدواج نماید و هرگاه طلاق زوجه مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه قیم طلاق می‌دهد». دو نکته در توضیح این ماده ضروری است:

نکته اول، این ماده را باید ناظر به ازدواج مجنون بالغ دانست، زیرا به موجب قانون مدنی قیم نمی‌تواند برای نابالغ عقدنکاح ببندد؛

نکته دوم، بعضی از استادان حقوق گفته‌اند که لزوم اخذ اجازه از پزشک در این ماده ناظر به اشخاص ذکور است و شامل اناث نمی‌شود، زیرا ازدواج مجنون هزینه‌هایی‌از قبیل مهر و نفقه را برای او ایجاد می‌کند که در صورت عدم لزوم آن، از نظر

---

۱. *همان*؛ ج ۱، ش ۶۵، ص ۸۸

در فقه امامیه نظر مشهور فقهای امامیه این است که قیم در نکاح دختر یا پسر نابالغ ولایت ندارد (*جواهرالکلام*؛ ج ۲۹، ص ۱۷۰) و ولایت حاکم در نکاح صغیر اعم از اینکه مذکر باشد یا مؤنث پذیرفته نشده است. برخی از فقها می‌گویند که در صورت نیاز شدید کودک و مجنون به ازدواج، حاکم از باب ولایت در امور حسبی می‌تواند نسبت به تزویج آنها اقدام نماید (طباطبائی‌حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک *العروة الوثقی*؛ ج ۱۴، ص ۴۷۷ و ۴۷۸).

این فقیه بزرگ در پایان بحث تفصیلی خویش نتیجه می‌گیرند: المتحصل مما ذکرناه: ان الصبی والمجنون ان کانت حاجة ملزمه الی تزویجهما فالحاکم الشرعی ولیهما فی ذلک (*همان*؛ ج ۱۴، ص ۴۷۸).

۲. *حقوق خانواده*؛ ج ۱، ش ۷۴، ص ۹۹ و ۱۰۰.

پزشکی، اقدامی زاید و برخلاف مصلحت محجور تلقی می‌شود که قیم از انجام دادن آن ممنوع است؛ اما ازدواج اناث نه‌تنها چنین هزینه‌هایی را دربر ندارد و هیچ‌گونه زیان مالی برای او متصور نیست، بلکه منافع مادی نیز برای او به همراه دارد؛ بنابراین هرگاه مصلحت ایجاب کند به شوهر داده می‌شود، بدون اینکه اجازه پزشک لازم باشد.[۱]

البته این نظر قابل ایراد است، زیرا اولاً، کلمه مجنون در ماده ۸۸ مطلق است و شامل زن هم می‌شود؛ ثانیاً، نظر پزشک از آن رو لازم شناخته شده است که ممکن است ازدواج برای مجنون، از لحاظ وضعیت روحی او، زیان‌آور باشد و بیماری او را تشدید کند و این فلسفه اقتضا می‌کند که ماده ۸۸ اختصاص به مرد نداشته و در مورد زن هم لازم‌الاجرا باشد.

### ۲۸۶. طلاق

اگر صغیر قبل از رسیدن به سن بلوغ به وسیله ولیّ قهری ازدواج کرده و سپس برای او قیم معین شده باشد، قیم نمی‌تواند زوجه مولی‌علیه را طلاق دهد یا به نمایندگی از دختر صغیره تحت قیمومت تقاضای طلاق کند، زیرا طلاق یک امر شخصی است که خود صغیر باید پس از رسیدن به سن بلوغ درباره آن تصمیم بگیرد. حتی ولیّ قهری دارای چنین اختیاری نیست تا چه رسد به قیم که اختیاراتش کمتر از ولیّ قهری است.[۲]

سفیه، چون حجرش محدود به امور مالی است، در طلاق که یک امر غیرمالی به شمار می‌آید آزاد است و قیم نمی‌تواند در این خصوص مداخله کند.

مجنون، چون اراده حقوقی ندارد و نمی‌تواند خود عمل حقوقی انجام دهد و از طرفی ممکن است طلاق مجنون، اعم از زن یا مرد، در پاره‌ای موارد، لازم باشد، بر طبق ماده ۸۸ ق. ا. ح.، قیم با تصویب دادگاه می‌تواند اقدام به طلاق نماید.

## بند دوم: اداره امور مالی محجور

### ۲۸۷. اصل کلی

محجورین اعم از صغیر، سفیه و مجنون به حکم قانون نمی‌توانند در اموال و امور

---

۱. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۳۰۲.

۲. *حقوق خانواده*؛ ج ۱، چ ۱۰، ۱۳۸۵، ش ۲۲۸، ص ۲۶۰.

مالی خود مداخله کنند و اداره این امور به عهده قیم است و به همین منظور قانون‌گذار مقررات مختلف و متعددی در این زمینه آورده است. برخی از این مقررات برای حفظ اموال مولی‌علیه است و بیشتر جنبه حفاظتی و حسابداری دارد و برخی ناظر به اعمال حقوقی است.

**الف) اقدامات حفاظتی و حسابداری**

**۲۸۸. انواع اقدامات**

قانون‌گذار، تنظیم صورت دارایی مولی‌علیه را در ابتدای قیمومت، دادن صورتحساب سالانه را در دوران قیمومت و تنظیم و ارائه صورتحساب نهایی را در پایان قیمومت برعهده قیم گذاشته است. علاوه بر این درخواست مهروموم ترکه مورث محجور و پاره‌ای اقدامات دیگر نیز به عهده اوست. اینها اقداماتی است که برای حفظ اموال محجور به موجب قانون لازم شناخته شده است.

**۲۸۹. تنظیم صورت دارایی در ابتدای قیمومت**

به دستور ماده ۱۲۳۶ اصلاحی قانون مدنی «قیم مکلف است قبل از مداخله در امور مالی مولی‌علیه صورت جامعی از کلیه دارایی او تهیه کرده و یک نسخه از آن را به امضای خود برای دادستانی که مولی‌علیه در حوزهٔ آن سکونت دارد بفرستد ...». هرگاه معلوم شود که قیم به‌طور عمد مالی را که متعلق به محجور است جزو صورت دارایی او قید نکرده، یا باعث شده است که آن مال در صورت مزبور قید نشود مسئول ضررها و خسارتهایی خواهد بود که از این حیث به مولی‌علیه وارد می‌شود و از سمت خود عزل می‌گردد (ماده ۱۲۳۹ ق. م). به‌علاوه قیم در سیاهه اموال محجور که در ابتدای دخالت خود تنظیم می‌کند باید برگهای بهادار، اسناد املاک و تمام برگهایی که دارای اهمیت است ذکر نماید و برگهایی که بها و اهمیتی ندارد، مانند قبوض آب و برقِ پرداخت شده یا رسید کمکهای بلاعوض را دسته‌بندی نماید و عدد برگها را در سیاهه دارایی قید کند (ماده ۷۶ ق. ا. ح.).

**۲۹۰. تنظیم و ارائه صورتحساب سالانه**

به موجب ماده ۱۲۴۴ ق. م. قیم باید لااقل سالی یک مرتبه حساب تصدی خود را به اداره سرپرستی یا دادستان شهرستان بدهد و هرگاه ظرف یک ماه پس از تاریخ مطالبه، حساب ندهد معزول می‌شود.

**۲۹۱. تنظیم و ارائه صورتحساب نهایی**

هرگاه محجور از حجر خارج شود، برای مثال، کودک به سن بلوغ و رشد برسد، یا قیمومت قبل از رفع حجر خاتمه یابد، در صورت اول قیم باید صورتحساب زمان تصدی خود را به مولی‌علیه سابق و در صورت دوم به قیم بعدی بدهد (ماده ۱۲۴۵ ق. م.).

**۲۹۲. فایده تنظیم صورت دارایی و صورتحساب**

تنظیم صورت دارایی و اموال محجور به منظور جلوگیری از هرگونه سوء استفاده احتمالی و امکان تعیین مخارج به نسبت دارایی انجام می‌شود(مستفاد از مواد ۱۲۳۶ و ۱۲۳۹ ق. م.). علاوه بر این وصول مطالبات محجور را در سررسید آنها آسان کرده، آگاهی و دسترسی به اسناد مالکیت و اوراق بهادار او را تسهیل می‌نماید.

**۲۹۳. درخواست مهروموم ترکه مورث محجور**

مطابق ماده ۹۱ ق. ا. ح. «در صورتی که پس از تعیین قیم مورثِ محجور فوت نماید قیم مکلف است در ظرف ده روز درخواست مهروموم و تحریر ترکه را بنماید». این کار نیز برای حفظ حقوق محجور و جلوگیری از حیف‌ومیل ترکه تا زمان تقسیم ترکه لازم است.

**۲۹۴. حفظ و نگهداری اموال محجور**

قیم باید اموال مولی‌علیه خود را به‌طور متعارف و مطابق مصلحت او نگهداری کند.

اموال غیرمنقول را مطابق طبیعت آنها محافظت کند؛ برای مثال اگر برف باریده است برف پشت‌بام خانه محجور را پارو کند و اگر زمینهای مزروعی محجور به آبیاری نیاز دارد، به این کار بپردازد و اگر زمینهای مزبور را آب گرفته است برای رفع ضرر اقدام نماید. در مورد اموال منقول نیز هر مال را به گونه‌ای که مرسوم و متعارف است نگهداری کند. به همین دلیل است که ماده ۸۴ ق. ا. ح. می‌گوید که «اسناد و اشیاء قیمتی باید با اطلاع دادستان در محل امنی نگهداری شود و وجوه نقدی که محل احتیاج نیست باید در یکی از بانکهای معتبر گذاشته شود». البته قیم موظف است بر طبق مصلحت محجور عمل نماید و اقدامی را که مناسب و سودمند و به مصلحت اوست انجام دهد؛ مثلاً وجوه زاید از احتیاج صغیر را در صورت امکان نباید بدون سود بگذارد (ماده ۹۰ ق. ا. ح.).

**ب) اعمال حقوقی**

در اینجا نخست از اعمال حقوقی یک‌طرفه یا ایقاعات و سپس از عقود و قراردادهایی که قیم به نمایندگی از محجور منعقد می‌کند سخن می‌گوییم.

**۱. اعمال حقوقی یک‌طرفه یا ایقاعات**

**۲۹۵. اذن اشتغال به کار**

به موجب ماده ۸۵ ق. ا. ح. «قیم می‌تواند به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه بدهد و در این صورت اجازه نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه خواهد بود»، زیرا اذن در شیء اذن در لوازم آن است؛ مثلاً هرگاه اجازه کاری به محجور داده شود که به ابزار خاصی نیاز دارد، مانند بنّایی یا نجاری، محجور می‌تواند به خرید آن ابزار اقدام نماید. باید دانست که نوعاً این اجازه به محجور ممیز داده می‌شود و هرگاه اجازه کار به محجوری داده شود که اراده حقوقی (قصد انشاء) ندارد، معامله کننده، خود قیم است و او آلت و واسطه می‌باشد.[1]

۱. امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۵، ص ۳۰۱.

**۲۹۶. اذن اداره برخی از اموال**

قیم می‌تواند به محجور ممیز (صغیرممیز یا سفیه) اذن اداره اموال و منافعی که به سعی خود او حاصل شده است بدهد (ماده ۸۶ ق. ا. ح.)؛ مثلاً هرگاه سفیه یا صغیر ممیز نهالهایی را در باغ خود کاشته است تا بارور گردند قیم می‌تواند به محجور اجازه دهد که آنها را اداره نماید، برای مثال، میوه‌هایش را بچیند و به فروش برساند، یا برای آبیاری درختان کارگر استخدام کند.

**۲۹۷. تنفیذ و رد اعمال حقوقی محجور ممیز**

هرگاه محجور ممیزی معامله‌ای انجام بدهد، آن معامله غیرنافذ است و قیم می‌تواند در صورت مصلحت محجور آن را تنفیذ و در غیر این صورت رد کند. قیم در این زمینه دارای اختیار مطلق و کامل نمی‌باشد، بلکه همواره باید مصلحت محجور را مدنظر قرار دهد و بر اساس آن معامله را رد یا تنفیذ کند.

**۲۹۸. تأدیه نفقه محجور و اقارب او**

قیم باید نفقه محجور اعم از هزینه خوراک، پوشاک، مخارج معالجه و درمان او را از محل اموال وی بپردازد. علاوه بر این، نفقه اقارب واجب‌النفقه محجور نیز باید تأدیه گردد. ماده ۸۲ ق. ا. ح. مقرر می‌دارد که «قیم باید هزینه زندگانی محجور و اشخاص واجب‌النفقه او و همچنین هزینه معالجه آنها را در بیمارستان و غیره و هزینه لازم دیگر از قبیل هزینه تربیت اطفال محجور را بپردازد و اگر محجور دیوانه باشد باید، به حسب اقتضا، در خانه یا تیمارستان تحت معالجه قرار بدهد».

**۲۹۹. درخواستها و اقدامات دیگر**

قیم باید وفق مصلحت محجور درخواستها و دادخواستهای رسمی، اداری و قضایی را به مراجع ذی‌صلاح تقدیم و تقاضای رسیدگی و اقدام مقتضی را به نمایندگی از مولی‌علیه خود بنماید؛ مثلاً برای بدهکار مولی‌علیه خویش اظهارنامه ارسال داشته، یا توقف تاجر ورشکسته‌ای را که بدهکار محجور است تقاضا کند.

**۲. اعمال حقوقی دوطرفه یا عقود**

در این قسمت نخست به ذکر قاعده و سپس به استثنائات وارد بر آن می‌پردازیم.

**۳۰۰. قاعده**

اصولاً قیم می‌تواند به نمایندگی از محجور قرارداد ببندد و شک نیست که اثر این قراردادها، در صورتی که مصلحت محجور رعایت شده باشد، دامنگیر محجور خواهد شد و این لازمه نمایندگی قیم است؛ برای مثال قیم می‌تواند به حساب محجور اموالی برای او بخرد، یا اموال او را بفروشد، یا به نمایندگی از او قرارداد اجاره به عنوان موجر یا مستأجر ببندد. اعمالی که قیم به نمایندگی از محجور انجام می‌دهد ممکن است اعمال اداری باشد، یعنی اعمالی که برای اداره اموال او لازم است، یا اعمال ناقله که موجب نقل و انتقال مال می‌گردد؛ مثلاً اجاره کوتاه‌مدت یا قرارداد تعمیر خانه جزء اعمال اداری، ولی فروش آن جزء اعمال ناقله است. به هرحال اصل این است که قیم می‌تواند اعمال مزبور را به نمایندگی از محجور انجام دهد، زیرا زندگی حقوقی و اجتماعی اقتضا می‌کند که قراردادهایی با دیگران منعقد شود و محجور نیز چه‌بسا به این‌گونه قراردادها نیاز دارد که عقد آن بر عهده نماینده قانونی محجور، یعنی قیم است.

قانون‌گذار در پاره‌ای از مواد قانونی به تکلیف قیم در انجام دادن برخی از معاملات تصریح کرده است؛ مثلاً اموال منقول را به دو دسته ضایع شدنی و ضایع‌نشدنی تقسیم کرده و مقرراتی راجع به هر دسته آورده است. ماده ۸۰ ق. ا. ح. در مورد دسته اول می‌گوید که «قیم باید اموال ضایع شدنی محجور را بفروشد و از پول آن با رعایت مصلحت محجور مالی خریداری و یا به ترتیب دیگری که مصلحت باشد رفتار نماید»؛ اما حق فروش اموال ضایع نشدنی را ندارد، بلکه وظیفه او نگهداری این اموال است، مگر اینکه مصلحت محجور فروش این اموال را اقتضا کند. علاوه بر این، «قیم می‌تواند با رعایت مصلحت اموال منقوله‌ای را که مورد احتیاج محجور نیست فروخته و نسبت به پول آن مطابق ماده فوق عمل

نماید»، (ماده ۸۱ ق. ا. ح.). بنابراین قیم می‌تواند قراردادهایی را به نمایندگی از محجور منعقد کند، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. در واقع قانون‌گذار، در راه مصلحت محجور، عقد پاره‌ای قراردادهای خطرناک را منع و برخی از آنها را موکول به اجازه مقام قضایی کرده است.

### الف) معاملات ممنوع

#### ۳۰۱. معامله با خود

در حقوق امروز اصولاً معامله با خود پذیرفته شده است و ممکن است یک نفر به وکالت از طرف دیگر با خود معامله کند، چنان‌که ایجاب را به عنوان اصیل و قبول را به عنوان وکیل بگوید (ماده ۱۹۸ ق. م.)؛ اما قیم از برخی معاملات با خود منع شده و نمی‌تواند به نمایندگی از مولی‌علیه معاملات مزبور را انجام دهد. با اینکه قیم امین و مورد اعتماد است، قانون، از نظر احتیاط و در راه مصلحت محجور، او را از قراردادهایی که موجب نقل و انتقال مالی بین قیم و مولی‌علیه باشد منع کرده است. ماده ۱۲۴۰ ق.م. مقرر می‌دارد که «قیم نمی‌تواند به سمت قیمومت از طرف مولی‌علیه با خود معامله کند، اعم از اینکه مال مولی‌علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد»؛ بنابراین قیم نمی‌تواند مال خود را به محجور بفروشد یا مال محجور را برای خود بخرد. در واقع این‌گونه معاملات خطرناک است و ممکن است مصلحت محجور در آنها رعایت نشود و از این‌رو قیم از انجام‌دادن آنها منع گردیده است.

حال این سؤال قابل طرح است که آیا قیم می‌تواند مال مولی‌علیه را اجاره کند یا مال خود را به او اجاره دهد یا نه؟ از آنجا که عقد اجاره موجب انتقال منفعت از موجر به مستأجر است و مستأجر مالک منفعت مورد اجاره به‌شمار می‌آید، عقد اجاره قیم با مولی‌علیه هم جزء معاملات ممنوع و مشمول ماده ۱۲۴۰ ق. م. است.

سؤال دیگری که می‌توان مطرح کرد آن است که آیا قیم می‌تواند مال خود را به مولی‌علیه هبه کند؟ پاسخ این است که چون این قرارداد، هر چند که موجب انتقال مال قیم به مولی‌علیه می‌شود، صرفاً نافع است و زیانی برای محجور ندارد،

مجاز می‌باشد و جزء معاملات ممنوع به‌شمار نمی‌آید. در واقع ماده ۱۲۴۰ ق. م. ناظر به این‌گونه قرارداد نیست و به تعبیر دیگر منصرف از این مورد است.

**۳۰۲. هبه اموال صغیر**

از آنجا که وظیفه قیم حفظ اموال محجور و رعایت مصلحت اوست، هبه مال مولی‌علیه که از اعمال صرفاً مضر می‌باشد خارج از اختیارات اوست و از اعمال ممنوع به شمار می‌آید.

گرچه قانون‌گذار به این قاعده تصریح نکرده، ولی می‌توان آن را از مبنای حجر و قیمومت که حمایت از محجور است و مواد قانونی که رعایت مصلحت و غبطه محجور را ضروری دانسته است (ماده ۱۲۴۱ ق. م. و مواد ۷۹ تا ۸۱ و ۸۳ ق. ا. ح.) استنباط کرد.[1] با وجود این به نظر می‌رسد که قیم می‌تواند در حدود متعارف پاره‌ای از اموال مولی‌علیه ممیز را به دوستان یا خویشان او، به مناسبتهایی که در عرف پذیرفته شده، مانند جشن تولد و روز مادر اهدا کند، یا به محجور ممیز اذن به اهدای آن بدهد. این‌گونه هدایا در واقع اعمال مضر نیستند؛ چرا که در رشد شخصیت محجور مؤثرند. قانون‌گذار مصر نیز در قانون مورخ ۱۹۵۲ (مواد ۵ و ۳۸) به ولیّ یا قیم اجازه داده است که با اجازه دادگاه و در اجرای وظیفه انسانی یا خانوادگی هدایایی به نام محجور بدهد.

***ب) معاملاتی که به اجازه مقام قضایی نیاز دارد***

**۳۰۳. پاره‌ای معاملات مهم و خطرناک**

قانون‌گذار انجام دادن پاره‌ای معاملات مهم و خطرناک به نمایندگی از محجور را موکول به اجازه دادستان کرده است. ماده ۱۲۴۱ ق. م. مقرر می‌دارد که «قیم نمی‌تواند اموال غیرمنقول مولی‌علیه را بفروشد یا رهن گذارد یا معامله‌ای کند که در

1. *La protection des incapables*, p. 210.

نتیجه آن مدیون مولی‌علیه شود، مگر با لحاظ غبطه مولی‌علیه و تصویب مدعی‌العموم. درصورت اخیر شرط حتمی تصویب مدعی‌العموم ملائت قیم می‌باشد و نیز نمی‌تواند برای مولی‌علیه بدون ضرورت و احتیاج قرض کند، مگر با تصویب مدعی‌العموم». ماده ۱۲۴۲ ق. م. نیز صلح دعوی مربوط به مولی‌علیه را منوط به اجازه دادستان کرده است. با توجه به این دو ماده معاملاتی که به تصویب دادستان نیاز دارد به این شرح است:

**۱.** فروش اموال غیرمنقول. از آنجا که اموال غیرمنقول در جامعه ما اهمیت زیادی دارد و بخش عمده ثروت اشخاص را تشکیل می‌دهد، فروش این اموال عملی خطرناک به‌شمار آمده و انجام‌دادن این عمل به وسیله قیم موکول به اجازه مقام قضایی شده است.

**۲.** رهن اموال غیرمنقول. رهن مال غیرمنقول، مانند فروش آن، معامله‌ای خطرناک است، چه ممکن است بر اثر عدم پرداخت دینی که برای آن رهن داده شده مال مورد رهن به‌فروش رفته، از مالکیت محجور خارج گردد؛ به همین جهت قانون‌گذار رهن مال غیرمنقول مولی‌علیه را فقط با تصویب مقام قضایی مجاز شناخته است.

**۳.** معامله‌ای که به موجب آن قیم مدیون مولی‌علیه شود، مانند ضمانت قیم از شخصی که بدهکار مولی‌علیه است. به‌نظر قانون‌گذار، این معامله، نسبت به معامله‌ای که موجب انتقال مال بین قیم و محجور باشد، کمتر خطرناک است، از این‌رو قانون‌گذار آن را ممنوع اعلام نکرده و فقط تصویب مقام قضایی را ضروری شناخته است. به‌علاوه در این صورت شرط حتمی تصویب مقام قضایی، ملائت (توانایی مالی) قیم است و مقام قضایی هنگامی اجازه معامله می‌دهد که ملائت قیم را احراز کند.

**۴.** قرض. وام گرفتن برای محجور فقط در صورت ضرورت و احتیاج، آن هم با تصویب مقام قضایی، تجویز شده است. عبارت ماده ۱۲۴۱ ق. م. در این‌خصوص خالی از ابهام نیست و ممکن است چنین تفسیر شود که قرض بدون

ضرورت و احتیاج، به اجازه دادستان نیاز دارد، نه قرضی که در صورت ضرورت و احتیاج گرفته شود؛ لیکن این تفسیر درست به‌نظر نمی‌رسد، زیرا از آنجا که قرض یک معامله خطرناک است بدون ضرورت و احتیاج نباید مجاز باشد. پس می‌توان گفت نظر قانون‌گذار بر این بوده است که قرض گرفتن را فقط در صورت ضرورت و احتیاج و با تصویب دادستان تجویز کند، تا قیم نتواند برخلاف مصلحت مولی‌علیه در این زمینه اقدام نماید.

۵. صلح دعوی. صلح دعوی معمولاً مستلزم گذشت و معامله‌ای خطرناک است و از این‌رو قانون صلح دعوی مولی‌علیه را موکول به تصویب مقام قضایی کرده است. ماده ۱۲۴۲ ق. م. در این باره می‌گوید که «قیم نمی‌تواند دعوی مربوط به مولی‌علیه را به صلح خاتمه دهد، مگر با تصویب مدعی‌العموم».

قابل ذکر است که ماده ۱۲۴۱ ق. م. در مورد فروش و رهن مال غیرمنقول و معامله‌ای که قیم را مدیون مولی‌علیه نماید به رعایت غبطه (مصلحت) محجور تصریح کرده است، ولی باید توجه داشت که این قاعده اختصاص به معاملات یاد شده ندارد و قیم در همه اعمالی که انجام می‌دهد باید غبطه و مصلحت محجور را رعایت کند و نمی‌تواند هیچ معامله‌ای را بدون رعایت مصلحت مولی‌علیه انجام دهد.

## بند سوم: حق‌الزحمه قیم و دیگر هزینه‌ها

### ۳۰۴. حق‌الزحمه

قیم ممکن است امر قیمومت را رایگان (تبرعاً) به عهده گیرد یا چنین قصدی نداشته باشد. در صورت اخیر می‌تواند برای انجام‌دادن این مهم اجرت مطالبه کند (ماده ۱۲۴۶ ق. م.)،[1] زیرا عمل شخص محترم و مستلزم اجرت متناسب با آن است. از طرف دیگر هزینهٔ اداره امور محجور جزء هزینه‌های جاری است، بلکه از

۱. *جامع الشتات*؛ ج ۳، سؤال ۲۵۵، ص ۴۹۰.

مهم‌ترین آنها نیز به‌شمار می‌آید که باید از اموال محجور تأدیه گردد. ماده ۹۵ ق. ا. ح. مقرر می‌دارد «هزینه حفظ و اداره اموال محجور و هزینه‌ای که برای رسیدگی به امور محجور و انجام وظایف قیمومت لازم می‌شود از اموال محجور تأدیه می‌گردد». میزان این هزینه‌ها و اجرت عمل قیم با در نظر گرفتن حجم کارهای محجور و درامد اموال او و ملاحظه عرف محل تعیین می‌گردد.

### ۳۰۵. هزینه‌های دیگر

هزینه‌های دیگر، از قبیل اجرت کارگر، بنا، تعمیرکار، هزینه مصرف آب، برق، عوارض و مالیات، نیز از اموال محجور پرداخت می‌گردد (ماده ۷۷ ق. ا. ح.).

ممکن است قیم علاوه بر انجام‌دادن امر قیمومت برخی از کارها را خود انجام دهد؛ مثلاً زمینهای محجور را آبیاری کند، یخچال و موتورخانه‌ای را که خراب شده است خود تعمیر نماید. در این‌صورت می‌تواند بابت این کارها نیز اجرت مطالبه کند. ماده ۷۸ ق. ا. ح. به قیم اجازه داده است هزینه تهیه صورتحساب و تسلیم اموال را از اموال محجور حتی پس از زوال سمت خود مطالبه کند. این قاعده اختصاص به مطالبه هزینه‌های یاد شده ندارد و در کلیه موارد دیگری که به سبب انجام‌دادن کار عرفاً استحقاق مطالبه اجرت پیدا کرده است، جاری است و پس از زوال سمت خویش نیز می‌تواند آن را مطالبه کند. علاوه‌بر این قیم مکلف است هزینه‌های دیگر محجور را از محل اموال او بپردازد، چنان‌که نفقه محجور و افراد واجب‌النفقه وی باید تأدیه گردد (ماده ۸۲ ق. ا. ح. و ۱۲۳۷ ق. م.).

## مبحث ششم: ضمانت اجرای قواعد قیمومت

### ۳۰۶. انواع ضمانت اجرا

قواعد و مقررات راجع به قیمومت متنوع و گسترده است. قسمتی مربوط به محجور و قسمتی مربوط به قیم و مراجع قضایی است. قانونگذار در هر زمینه‌ای ضمانت اجراهای خاصی را مقرر داشته است.

در این مبحث نخست از ضمانت اجرای اعمال حقوقی و مادی قیم و همچنین تکالیف مربوط به او و سپس ضمانت اجرای اعمال مراجع قضایی مسئول، در دو بند، سخن می‌گوییم.

## بند اول: ضمانت اجرای قواعد مربوط به شخص قیم

### ۳۰۷. امانی بودن ید قیم و زوال امانت

اموال و دارایی محجور به‌صورت امانی در اختیار و تصرف قیم قرار می‌گیرد و ید او ید امانی است، یعنی بدون تقصیر (تعدی و تفریط)، (موضوع مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳، ق. م.). قیم مسئول کسر و نقصان یا تلف اموال مولی‌علیه نیست؛ اما اگر تعدی و تفریط کند ید امانی وی مبدل به ید ضمانی می‌شود و مسئول هر کسر و نقصان یا تلف می‌باشد. ماده ۱۲۳۸ ق. م. در این خصوص می‌گوید «قیمی که تقصیر در حفظ مال مولی‌علیه بنماید مسئول ضرر و خسارتی است که از نقصان یا تلف آن مال حاصل شده، اگرچه نقصان یا تلف مستند به تفریط یا تعدی قیم نباشد»؛ به دیگر سخن هرگاه قیم مرتکب تقصیر شود وصف امانی بودن ید و تصرفات او زایل می‌گردد و در حکم غاصب به‌شمار می‌آید و مشمول حکم ماده ۳۱۵ ق. م. قرار می‌گیرد و همانند غاصب، مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال محجور وارد شده باشد، هرچند ناشی از فعل او نباشد.

مجازات قیم متخلف منحصر به مسئولیت مدنی نیست، بلکه ضمانت اجراهای دیگری نیز برای تخلفات او، مقرر شده است، مانند مسئولیت کیفری، عزل یا انعزال و بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی و به‌طورکلی این مجازاتها به ضمانت اجراهای مدنی و کیفری قابل تقسیم است. به همین مناسبت به ترتیب ضمانت اجرای مدنی و کیفری اعمال قیم را مورد بحث قرار می‌دهیم.

#### الف) ضمانت اجرای مدنی

ضمانت اجرای مدنی، چنان‌که اشاره کردیم، مشتمل بر مسئولیت مدنی، عزل یا انعزال و بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی قیم است که در ذیل بررسی می‌شود.

**۳۰۸. مسئولیت مدنی قیم**

هرگاه قیم در اداره اموال محجور مرتکب تقصیری شود، چنان‌که در حفظ اموال او کوتاهی کند یا آنها را حیف‌ومیل نماید یا به گونه‌ای دیگر از اختیارات خود سوءاستفاده کند و از این رهگذر زیانی متوجه مولی‌علیه گردد، مسئول و مکلف به جبران خسارت وارده است. قانون مدنی در ماده ۱۲۳۸ این قاعده کلی را ذکر کرده و در ماده ۱۲۳۹ مصداقی از آن را بیان نموده است. به موجب این ماده، «هرگاه معلوم شود که قیم عامداً مالی را که متعلق به مولی‌علیه بوده جزء صورت دارایی او قید نکرده و یا باعث شده است که آن مال در صورت مزبور قید نشود مسئول هر ضرر و خساراتی خواهد بود که از این حیث ممکن است به مولی‌علیه وارد شود ...».

تخلف از تکالیف خاص قانونی مقرر برای قیم نیز مشمول همین قاعده است؛ برای مثال هرگاه قیم اسناد و مدارک موضوع ماده ۸۴ ق. ا. ح. را در محل امنی نگاهداری نکند یا مهروموم ترکه مورث محجور موضوع ماده ۹۱ ق. ا. ح. را درخواست نکند و از این راه خساراتی متوجه محجور گردد، بر طبق اصول کلی مسئولیت مدنی و قاعده کلی مذکور در ماده ۱۲۳۸ ق. م.، مسئول خواهد بود.

**۳۰۹. مسئولیت تضامنی چند قیم**

به موجب ماده ۹۴ ق. ا. ح.، «در صورتی که قیم متعدد بوده و با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تفریط نمایند هر یک از آنها مسئولیت تضامنی دارند ...». تضامنی بودن مسئولیت خلاف قاعده است و قانونگذار فقط در صورتی این استثناء را پذیرفته است که چند قیم با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تفریط کرده باشند. هرگاه یکی از آنان به‌تنهایی مرتکب تعدی یا تفریط شود، مسئولیت متوجه خود او خواهد بود (قسمت اخیر ماده ۹۴) و زیان‌دیده حق ندارد به قیم یا قیمهای دیگر رجوع کند. به هرحال مسئولیت تضامنی مقرر در ماده ۹۴ ق. ا. ح. حکمی خلاف اصل است که برای حفظ حقوق محجور و بر اساس مصلحت او مقرر گردیده است.

**۳۱۰. عزل قیم**

به حکم ماده ۱۲۴۸ ق. م. و دیگر مواد، در موارد ذیل دادگاه باید قیم را ازسمت خود عزل نماید:

۱. اگر معلوم شود که قیم فاقد صفت امانت بوده، یا این صفت از او سلب شود.

۲. اگر قیم مرتکب یکی از جرایم مذکور در بند ۲ ماده ۱۲۴۸[1] شود و به موجب حکم قطعی دادگاه محکوم گردد.

۳. اگر قیم به علتی غیر از علل فوق محکوم به حبس شود و بدین‌جهت نتواند امور مالی مولی‌علیه را اداره کند.

۴. اگر قیم ورشکسته شود.

۵. اگر عدم لیاقت یا توانایی او در اداره اموال مولی‌علیه معلوم شود.

عدم لیاقت یا ناتوانی، به هر علتی باشد، موجب عزل می‌شود، خواه سبب آن پیری باشد خواه بیماری، یا اعتیاد به مواد مخدر یا وضع دیگری که مانع اعمال وظایف قیمومت است؛ برای مثال هرگاه زن بی‌شوهری که قیم است ازدواج کند و به تشخیص مقام قضایی توانایی خود را برای اعمال وظیفه قیمومت از دست بدهد از سمت خود برکنار می‌شود (مستنبط از ماده ۱۲۵۱ و ۱۲۵۲ ق. م.).

۶. هرگاه معلوم شود که قیم از روی عمد مالی را که متعلق به مولی‌علیه بوده جزء صورت دارایی او قید نکرده، یا باعث شده است که آن مال در صورت مزبور قید نشود (بند ۶ ماده ۱۲۴۸ و ماده ۱۲۳۹ ق. م.)؛

۷. هرگاه دادگاه از قیم برای حفظ حقوق و اداره اموال مولی‌علیه تضمین

---

۱. این جرایم عبارت‌اند از اعمالی که بر طبق قانون مجازات سابق جنایت محسوب می‌شدند یا یکی از جنحه‌های ذیل: سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری، اختلاس، هتک ناموس، منافیات عفت، جنحه نسبت به اطفال، ورشکستگی به تقصیر یا تقلب.

برای تطبیق این جرایم با قوانین کیفری جدید رجوع کنید به: *قانون مجازات اسلامی*، مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵.

بخواهد و قیم برای دادن تضمین حاضر نشود (بند ۶ ماده ۱۲۴۸ و ماده ۱۲۴۳ ق. م.)؛

۸. هرگاه قیم صورتحساب سالانه تصدی خود را ندهد و در ظرف یک ماه از تاریخ مطالبه اداره سرپرستی یا دادستان شهرستان از دادن صورتحساب خودداری نماید (بند ۶ ماده ۱۲۴۸ و ماده ۱۲۴۴ ق. م.).

به نظر می‌رسد که موارد عزل قیم مذکور در ماده ۱۲۴۸ ق. م. حصری است و نمی‌توان موارد دیگری به آنها افزود. در واقع قانون‌گذار در پاره‌ای از موارد، تخلف قیم را مهم تشخیص داده و حکم به عزل او در آن موارد کرده است و در تخلفات کوچک عزل را پیش‌بینی نکرده، زیرا ممکن است عزل قیم برای تخلفات کوچک به زیان محجور باشد.

**۳۱۱. انعزال قیم**

اگر قیم منصوب محجور شود، سمت خود را از دست می‌دهد و از تاریخ حجر منعزل می‌گردد. ماده ۱۲۴۹ ق. م. مقرر می‌دارد که «اگر قیم مجنون یا فاقد رشد گردد منعزل می‌شود».

مورد دیگری که در قانون به آن تصریح نشده، اما با استفاده از اصول و مقررات فقهی می‌توان از موارد انعزال قیم به‌شمار آورد، ارتداد قیم است. هرگاه قیم محجوری که مسلمان یا در حکم مسلمان است،[1] مرتد شود، شرط اسلام را از دست می‌دهد و از این تاریخ منعزل می‌شود (ر. ک.: ش ۲۷۶).

**۳۱۲. بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی قیم**

هرگاه قیم هر یک از اعمال حقوقی که به موجب قانون ممنوع است، انجام دهد، یا

---

۱. طفلی که پدر و مادرش یا یکی از آنان مسلمان‌اند در حکم مسلمان است و به تعبیر دیگر مسلمان حکمی یا تبعی نامیده می‌شود (*تحریر الوسیلة*؛ ج ۲، ص ۳۶۴).

در انجام دادن اعمال حقوقی مجاز، مصلحت محجور را مراعات ننماید، از آنجا که به هیچ وجه اختیار انجام دادن چنین اعمالی را نداشته و ممنوعیت آنها بر پایه مصلحت محجور و مطلق بوده، اعمال مزبور باطل و کأن لم یکن است.

در مواردی که قیم مکلف است از مقام قضایی اذن بگیرد، هرگاه بدون اخذ اذن قراردادی را منعقد نماید و مقام مذکور عمل او را تأیید و تنفیذ نکند، آن عمل باطل به‌شمار می‌آید؛ به دیگر سخن معاملات قیم بدون اذن مقام قضایی غیرنافذ است، نه باطل و این امر مطابق قواعد عمومی معاملات است. معاملات قیم بدون موافقت ناظر استصوابی نیز دارای همین حکم است. در مورد معاملات ممنوع نیز ممکن است گفته شود از آنجا که قیم در انجام‌دادن معامله قصد داشته است، طبق قواعد عمومی معاملات، عمل قیم یک نوع معامله فضولی محسوب می‌شود و باید غیرنافذ باشد نه باطل. در پاسخ می‌توان گفت که این قول با ظاهر و سیاق ماده ۱۲۴۱ ق. م. وفق نمی‌دهد، زیرا از ظاهر و سیاق ماده چنین برمی‌آید که قانون‌گذار معاملات ممنوع قیم را باطل تلقی کرده است. به‌علاوه قول مزبور با مصلحت محجور سازگار نیست، چه مصلحت محجور در این است که معاملات یاد شده باطل باشد، تا مورد معامله به هیچ‌وجه از ملکیت محجور خارج نگردد. عدم نفوذ، منافع محجور را کاملاً تأمین نمی‌کند، زیرا اگر خود محجور بعد از رفع حجر حق تنفیذ داشته باشد، معلوم نیست کی از حجر خارج خواهد شد و ممکن است هیچ‌گاه از حجر خارج نشود و هرگاه قیم بعدی این اختیار را داشته باشد، باز همین اشکال وجود خواهد داشت. بعضی از علمای حقوق هم به بطلان این گونه معاملات تصریح کرده‌اند.[1] از گفتار برخی از فقهای امامیه نیز همین نظر قابل استنباط است.[2] به‌علاوه در تأیید آن می‌توان به ماده ۹۷۵ ق. م. هم استناد کرد.

---

۱. امامی؛ حقوق مدنی؛ ج ۵، ص ۲۹۹.

۲. در این زمینه پاسخهایی را که مرحوم میرزای قمی به دو سؤال داده‌اند، جهت مطالعه و توجه بیشتر به نظریه‌های فقهای امامیه نقل می‌کنیم:

سؤال ۲۰۲. هرگاه قیم شرعی صغار املاکی از صغار مزبوره را به مبلغ کلی کمتر از ←

## ب) ضمانت اجرای کیفری

### ۳۱۳. مقررات کیفری راجع به قیم

هرگاه قیم نسبت به شخص یا اموال محجور یکی از جرایم مندرج در قانون را مرتکب شود، مانند دیگر مجرمان، مجازات خواهد شد و قواعد خاصی در این مورد در قانون مدنی و قانون امور حسبی دیده نمی‌شود. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نیز قواعدی که منحصر به قیم باشد وجود ندارد؛ اما برخی از جرایم تعزیری در مورد اطفال و اشخاص غیررشید وجود دارد که اشاره به آنها در این قسمت مفید به نظر می‌رسد.

---

← ثمن‌المثل بفروشد و حال آنکه صرفه و غبطه صغار هم در فروختن املاک مزبوره نبوده آیا در صورت مزبوره مبایعه‌ای که قیم مزبوره کرده صورت شرعی دارد یا آنکه مبایعه مزبوره باطل است و صحیح نیست و صغار مزبور را می‌رسد که بعد از بلوغ و رشد، املاک مزبوره خود را تصرف نمایند یا نه؟

جواب. آنچه از دلیل ظاهر می‌شود این است که جایز نیست بیع مال صغیر، مگر در صورت احتیاج به آن جهت نفقه، یا در صورتی که بیع اصلح باشد از برای او. پس فروختن ولیّ مال صغیر را بدون احتیاج صغیر به فروختن آن به ثمن‌المثل هم معلوم نیست که جایز باشد. چه جای کمتر از ثمن‌المثل؛ مگر اینکه فروختن برای او اصلح باشد و اما با احتیاج صغیر به فروختن، پس بیع صحیح است؛ مگر اینکه ولیّ تقصیر کرده باشد در فروختن به کمتر از ثمن‌المثل و اگر تقصیر نکرده به سبب اینکه بدون آن ممکن نبوده که امر معیشت صغیر بگذرد، باز صحیح است و بر ولیّ چیزی نیست. هرگاه از راه نادانی به قیمت، فروخته بدون تقصیر، باز هم صحیح است، ولکن دعوی غبن در میان می‌آید و به مقتضای آن عمل باید کرد، و این هم محتاج است به مرافعه.

سؤال ۲۰۳. هرگاه قیم شرعی صغار، در صورت عدم صرفه و غبطه، املاک صغار را به کمتر از ثمن‌المثل بفروشد ـ چنان‌که در سؤال سابق مذکور شد ـ چنین می‌دانسته که ثمن‌المثل است و فروخته، اما تفحص و تجسس نکرده باشد بعد از مبایعه معلوم شود و به اثبات شرعی برسد که املاک مزبوره کمتر از ثمن‌المثل است، چه صورت دارد؟

جواب. هرگاه ولیّ بدون احتیاج صغیر به بیع ملک، آن ملک را فروخته و مصلحت هم در آن بیع نبوده، جایز نیست و هرگاه با احتیاج صغیر به بیع، ملک را فروخته یا آنکه فروختن به جهت ایشان اصلح بوده از نگاه داشتن، ولیکن مغبون شده باشد در قیمت، و از راه نادانی به قیمت، کمتر از ثمن‌المثل فروخته باشد، بیع صحیح است، ولیکن پای دعوی غبن به میان می‌آید و به مقتضای آن عمل باید کرد (*جامع‌الشتات*؛ ج ۲، ص ۴۶).

به موجب ماده ۶۳۲ قانون مذکور، «اگر کسی از دادن طفلی که به او سپرده شده است در موقع مطالبه اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارند امتناع کند به مجازات از سه ماه تا شش ماه حبس یا به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار تا سه میلیون ریال محکوم خواهد شد».

برابر ماده ۶۳۳ این قانون، «هرگاه کسی شخصاً یا به دستور دیگری طفل یا شخصی را که قادر به محافظت خود نمی‌باشد در محلی که خالی از سکنه است رها نماید به حبس از شش ماه تا دو سال و یا جزای نقدی از سه میلیون تا دوازده میلیون ریال محکوم خواهد شد و اگر در آبادی و جایی که دارای سکنه باشد رها کند تا نصف مجازات مذکور محکوم خواهد شد و چنانچه این اقدام سبب وارد آمدن صدمه یا آسیب یا فوت شود رها کننده علاوه بر مجازات فوق حسب مورد به قصاص یا دیه یا ارش نیز محکوم خواهد شد».

به موجب ماده ۵۹۶ همان قانون، «هرکس با استفاده از ضعف نفس شخصی یا هوی و هوس او یا حوایج شخصی افراد غیر رشید به ضرر او نوشته یا سندی اعم از تجاری یا غیرتجاری از قبیل برات، سفته، چک، حواله، قبض و مفاصاحساب و یا هرگونه نوشته‌ای که موجب التزام وی یا برائت ذمه گیرنده سند یا هر شخص دیگر می‌شود به هر نحو تحصیل نماید علاوه بر جبران خسارات مالی به حبس از شش ماه تا دو سال و از یک میلیون تا ده میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شود و اگر مرتکب، ولایت یا وصایت یا قیمومت بر آن شخص داشته باشد مجازات وی علاوه بر جبران خسارات مالی از سه تا هفت سال حبس خواهد بود».

البته این مواد اختصاص به قیم ندارد؛ ولی در موردی نیز که قیم مرتکب جرایم یاد شده شود، مواد مذکور قابل اعمال خواهد بود.

## بند دوم: ضمانت اجرای وظایف مراجع رسیدگی کننده به امر قیمومت

### ۳۱۴. مسئولیت مقام قضایی

چنان‌که در پیش گفتیم (ر.ک.: ش ۲۵۸ به بعد) قانون برای دادستان و دادگاه وظایفی در امر قیمومت تعیین کرده که تخلف از آنها ضمانت اجرایی باید داشته باشد؛ به دیگر سخن هرگاه دادستان و قاضی محکمه از انجام‌دادن وظایفی که به حکم قانون بر عهده

آنان است تخطی کنند و مقررات مربوط را نقض نمایند مسئولیت مدنی و کیفری خواهند داشت. بنابراین شایسته است نخست از ضمانت اجرای وظایف دادستان و سپس از ضمانت اجرای وظایف قاضی محکمه سخن بگوییم.

## ۳۱۵. ضمانت اجرای وظایف دادستان

برابر ماده ۱۲۲۴ ق. م. «حفظ و نظارت در اموال صغار و مجانین و اشخاص غیررشید، مادام که برای آنها قیم معین نشده، به عهده مدعی‌العموم خواهد بود ...». ماده ۸۹ ق. ا. ح. نیز این مسئولیت را به عهده دادستان گذاشته و او را مسئول حفظ و نظارت اموال محجورین قبل از نصب قیم قرار داده است. به موجب ماده ۱۲۲۸ ق. م.، در خارج از ایران مأمورین کنسولی این تکلیف را بر عهده دارند و بر طبق قانون باید نسبت به نصب قیم موقت اقدام نمایند.

علاوه‌بر این، به‌طور کلی اقدامات لازم برای صدور حکم حجر و تقاضای نصب قیم به عهده دادستان است. حتی پس از نصب قیم نیز دادستان وظیفه دارد بر اعمال او نظارت داشته باشد و در صورت کوتاهی در هر یک از این تکالیف مسئول خواهد بود و باید از عهده خسارات وارده برآید. محجور ممیز می‌تواند از دادستان، در مواقعی که کوتاهی قیم را در تربیت و نگاهداری محجور و دادن هزینه او به دادگاه اطلاع نداده، شکایت کند (ماده ۹۶ ق. ا. ح.).

در مورد مسئولیت مدنی دادستان یا جانشین او در صورت تخلف از ایفای وظیفه می‌توان، علاوه بر قواعد عمومی مسئولیت مدنی[1]، به ماده ۱۱ ق. م. م. استناد کرد که کارمندان دولت را مسئول جبران خسارات ناشی از تقصیر خود دانسته است. به‌علاوه ملاک اصل یکصدوهفتادویکم قانون اساسی نیز در این خصوص قابل استناد است.

اضافه بر مسئولیت مدنی، هرگاه دادستان یا جانشین او از مقررات مربوط به قیمومت، تخلف نماید ممکن است مسئولیت کیفری پیدا کند. به موجب ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی، «هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آنها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آنها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه

---

۱. قاسم‌زاده، سیّدمرتضی؛ مسئولیّت مدنی شخص خوددار؛ *فصلنامهٔ دیدگاههای حقوقی*، س ۲، ش ۸، ۱۳۷۶، ص ۵۳ و ۵۴.

اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند دفعه اول از شش ماه تا یک‌سال و در صورت تکرار به انفصال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیه خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد»؛ بنابراین تخلف دادستان یا جانشین او از وظایف مقرر در قانون ممکن است موجب مسئولیت مدنی یا کیفری یا هر دو باشد.

### ۳۱۶. ضمانت اجرای وظایف قاضی محکمه

دادگاه موظف است به کلیه تقاضاهای رسیده درباره رسیدگی به حجر و صدور حکم و نصب قیم رسیدگی و حسب مورد تصمیم مقتضی اتخاذ نماید (ماده ۵۷ و ۵۸ به بعد قانون امور حسبی). علاوه بر این در صورت اطلاع از وجود محجور، خود نیز موظف است اقدام مقتضی را انجام بدهد (ماده ۵۶ ق. ا. ح.).

هرگاه قاضی محکمه به وظایف خود عمل نکند، یا به گونه‌ای عمل نماید که تأخیر غیرمتعارف در رسیدگی و صدور حکم پیش بیاید، از لحاظ مدنی مسئول و مکلف به جبران خسارت است (ماده ۱۱ ق. م. م. و اصل یکصدوهفتادویکم قانون اساسی)، به‌علاوه ممکن است برابر ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی قاضی مستنکف از احقاق حق به طور موقت یا دائم از شغل قضایی منفصل گردد.

در خاتمه یادآور می‌شود هرگاه دادستان یا قاضی محکمه یا کارمندان آنان از وجوه نقدی، مطالبات یا حوالجات و سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به محجورین، که برحسب وظیفه به آنها سپرده شده است، به نفع خود یا دیگری برداشت نمایند، علاوه بر مجازات مقرر اداری و رد وجه یا مال مورد اختلاس، به عنوان مختلس به حبس از شش ماه تا پنج سال محکوم می‌شوند و در صورت استفاده غیرمجاز از اموال یاد شده بدون داشتن قصد تملک، متصرف غیرقانونی محسوب و به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌گردند (ماده ۵۹۸ همان قانون).

## مبحث هفتم: پایان قیمومت

### ۳۱۷. کلیات

چنان‌که در ضمانت اجرای قواعد و مقررات مربوط به قیمومت گفته شد: ممکن

است قیم از سمت خود عزل یا منعزل گردد. با عزل یا انعزال، سمت قیم معزول یا منعزل پایان می‌پذیرد، اما دوران قیمومت بر محجور خاتمه نمی‌یابد و حاکم شخص دیگری را به این سمت نصب می‌کند. مباحث مربوط به عزل و انعزال را در ضمانت اجرای مقررات مربوط به قیمومت ذکر کردیم. در این موارد سمت قیم پایان می‌پذیرد. اما نهاد حمایتی قیمومت به علت ادامه حجر و برای حفظ حقوق محجور ادامه دارد؛ ولی ممکن است پایان قیمومت به علت زوال حجر باشد که در این صورت قیمومت پایان می‌پذیرد، بدون اینکه به تعیین قیم دیگری نیاز باشد. به همین مناسبت می‌توان پایان قیمومت به علت زوال حجر و پایان سمت قیم را از همدیگر تفکیک نمود.

## بند اول: پایان قیمومت به علت زوال حجر

### ۳۱۸. رشد یا افاقه محجور

هرگاه صغیر بالغ و رشید گردد، یا مجنون دائمی افاقه پیدا کند، یا سفیه توانایی اداره عاقلانه اموال خود را به‌دست آورد، دوران قیمومت، به علت خروج محجور از حجر، به سر می‌رسد و وظایف و اختیارات قیم پایان می‌پذیرد. ماده ۱۲۵۳ ق. م. مقرر می‌دارد: «پس از زوال سببی که موجب تعیین قیم شده، قیمومت مرتفع می‌شود».

## بند دوم: پایان سمت قیم

### ۳۱۹. موجبات زوال قیمومت

علاوه بر موارد عزل که بررسی شد (ر. ک.: ش ۳۱۰) ممکن است قیم محجور شود، یا از اسلام خارج و مرتد گردد. در این صورت سمت او پایان می‌پذیرد و قیم دیگری به جای او نصب می‌شود. برابر بند ۱ ماده ۱۲۳۱ ق. م.، کسانی که خود تحت ولایت یا قیمومت هستند نباید به سمت قیمومت منصوب شوند. به‌علاوه هرگاه قیم پس از انتصاب، مجنون یا فاقد رشد گردد، منعزل می‌شود (ماده ۱۲۴۹ ق. م.).

ماده ۱۲۴۸ ق. م. نیز به این قاعده اشارت دارد (ر. ک.: ش ۳۱۰). چنان‌که قبلاً اشاره شد، یکی از شرایط قیم محجور مسلمان، یا در حکم مسلمان، اسلام اوست (ر. ک.: ش ۲۷۶)؛ پس هرگاه چنین قیمی مرتد شود، شرط لازم برای قیمومت را از دست می‌دهد و از سمت خود برکنار می‌شود.

**۳۲۰. استعفای قیم**

استعفای قیم نیز یکی از مواردی است که هرگاه پذیرفته شود به قیمومت پایان می‌دهد؛ ولی در قانون ایران حکم خاصی دربارهٔ آن به چشم نمی‌خورد. از آنجا که پذیرفتن قیمومت برای قیم اجباری نیست ادامهٔ اجباری آن نیز معقول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا قیمومت نوعی نمایندگی است و قیم به حکم دادگاه به عنوان نمایندهٔ محجور نصب می‌شود؛ بنابراین استعفای قیم به استناد ملاک بند ۲ مادهٔ ۶۷۸ ق. م. مانند استعفای وکیل باید پذیرفته شود،[1] ولی چون این نمایندگی نوعی سمت و وظیفهٔ عمومی است که به حکم دادگاه به قیم تفویض می‌شود، استعفای او نیز به قبول دادگاه نیاز دارد. پس هرگاه قیم پیش از آنکه دادگاه استعفای او را بپذیرد سمت خود را رها کند و محجور را بی‌سرپرست گذارد مسئول زیانی است که در نتیجهٔ استعفا به اموال محجور وارد می‌شود (مستنبط از مادهٔ ۹۲ ق. ا. ح).

---

۱. اجبار شخص به ادامهٔ قیمومت و عدم پذیرش استعفای قیم با آزادی فردی او مخالف است و به حکم خاص قانون نیاز دارد (کاتوزیان؛ حقوق مدنی: خانواده؛ ج ۲، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۵، ش ۴۸۶، ص ۳۰۶)؛ چه ممکن است دلایل موجهی برای استعفا وجود داشته باشد، وانگهی ممکن است در پاره‌ای از موارد مصلحت محجور قبول استعفا را اقتضا نماید. با وجود این، قانون‌گذار رد تولیت بعد از قبول متولی (مادهٔ ۷۶ ق. م.) و رد وصایت بعد از فوت موصی را نپذیرفته، بدین‌سان آزادی ارادهٔ متولی و وصی را محدود کرده است. اجباری بودن وصایت و تولیت (بعد از قبول) برای آن است که واقف و موصی فرصت و امکان تعیین نمایندهٔ دیگر را از دست داده‌اند و این حکمت در قیمومت وجود ندارد (*همان‌جا*).

**۳۲۱. اعاده ولایت**

یکی از موارد نصب قیم موردی است که ولیّ قهری صغیر، محجور شود (ماده ۱۱۸۵ ق. م.). مسئله قابل بحث در اینجا آن است که اگر ولیّ محجور از حجر خارج شود، در صورتی که مولی‌علیه هنوز به سن بلوغ یا رشد نرسیده است، آیا ولایت زایل شده دوباره برمی‌گردد و درنتیجه قیمومت را منتفی می‌کند یا چنان‌که برخی گفته‌اند امر ساقط شده برنمی‌گردد (الساقط لا یعود کما انّ المعدوم لایعود).[1]

به گفته برخی از استادان، ولایت بر اثر رابطهٔ پدر فرزندی پیدا می‌شود و دارای منشأ اجتماعی عمیق و طبیعی است و حجر یک امر عرضی است که نمی‌تواند موجب زوال حق ذاتی از ولیّ شود،[2] یعنی هرگاه ولیّ قهری محجور گردد یا در اعمال ولایت ناتوان شود و بدین‌جهت قیمی برای ادارهٔ امور محجور منصوب گردد، درواقع مانعی برای اعمال ولایت ایجاد شده است. پس با رفع مانع، ولایت برمی‌گردد (اذا زال المانع عادالممنوع) و مصلحت محجور نیز چنین اقتضا می‌کند.[3] علاوه بر این، عرف و عادت هم مؤید این نظر است و اطلاق ماده ۱۱۸۰ ق. م. نیز این مورد را دربر می‌گیرد.

**۳۲۲. بازگشت رشد یا افاقه مجدد قیم**

هرگاه قیم منعزل مجدداً از حجر خارج شود آیا سمت از دست داده خود را به‌دست می‌آورد یا نه؟ ممکن است این مورد با مسئله اعاده ولایت قیاس و گفته شود در اینجا نیز قیمومت بازمی‌گردد؛ ولی این قیاس باطل است، زیرا چنان‌که گذشت (ر.ک.: ش ۳۲۰) ولایت یک امر طبیعی و یک وظیفه خانوادگی و قانونی است، اما قیمومت ناشی از حکم دادگاه است و هرگاه از قیم منعزل رفع حجر گردد نصب مجدد او به حکم دادگاه نیاز دارد و قیم خود به خود به سمت قبلی برنمی‌گردد؛ بنابراین با حجر قیم سمت قیمومت مطلقاً زایل می‌گردد.

---

۱. *مجلة الاحکام العدلیة*؛ ماده ۵۱.
۲. امامی؛ *حقوق مدنی*؛ ج ۵، ص ۲۱۸ و ۲۱۹.
۳. *حقوق خانواده*؛ ج ۲، چ ۴، ش ۱۶۶، ص ۲۱۰ و ۲۱۱.

# منابع و مآخذ

## الف) فارسی (کتابها و مقاله‌ها)

ابوالحمد، عبدالحمید؛ حقوق *اداری*؛ ج ۱، تهران: ۱۳۷۰.

استون، فردیناند اف.؛ *نهادهای اساسی حقوق ایالات متحده امریکا*؛ ترجمه حسین صفائی، تهران: ۱۳۵۰.

امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ ۵ ج، تهران: کتابفروشی اسلامیه، ج ۱ (۱۳۵۶)، ج ۳ (۱۳۶۲)، ج ۴ و ج ۵ (۱۳۵۷).

امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید؛ حقوق *تعهدات*؛ ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۵.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *ارث*؛ ج ۱، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷.

ـــــــــ؛ *تاریخ حقوق ایران (از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه)*؛ کانون معرفت، [بی‌تا].

ـــــــــ؛ *تأثیر اراده در حقوق مدنی* (رساله دکتری)؛ تهران: ۱۳۳۹.

ـــــــــ؛ *ترمینولوژی حقوق*؛ ج ۲، [بی‌تا].

ـــــــــ؛ حقوق مدنی: وصیت؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.

ـــــــــ؛ *دانشنامه حقوقی*؛ ج ۱، ۲ و ۴، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۳.

جوان، موسی؛ *مبانی حقوق*؛ ج ۲، تهران: چاپ رنگین، ۱۳۲۷.

حائری شاهباغ، سیدعلی؛ شرح *قانون مدنی*؛ ج ۸ تهران: چاپخانه آفتاب، ۱۳۳۸.

حسنی، حسن؛ *اقامتگاه در حقوق ایران* (رساله دکتری)؛ تهران: ۱۳۴۸.

درودیان، حسنعلی؛ جزوه حقوق مدنی یک؛ انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ـ۱۳۷۳.

سنگلجی، محمد؛ *ضوابط و قواعد معاملات و کلیات عقود و ایقاعات (به ضمیمه مقاصد اصول و قانون رضاع و وصیت و میراث در اسلام)*؛ چ ۴، ۱۳۴۷.

شایگان، علی؛ حقوق *مدنی ایران*؛ چ ۳، ج ۱، چاپخانه مجلس، ۱۳۲۴.

شهابی، محمود؛ *ادوار فقه*؛ چ ۳، ج ۲، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۹.

ـــــــــ؛ *قواعد فقه*؛ تهران: ۱۳۳۳.

شهیدی، مهدی؛ تشکیل *قراردادها و تعهدات*؛ نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
صانعی، پرویز؛ حقوق *جزای عمومی*؛ ج ۲، انتشارات دانشگاه ملی، ۱۳۵۱.
صفائی، حسین و اسدالله امامی؛ حقوق *خانواده*؛ ج ۱، چ ۱۰، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
______؛ حقوق *خانواده*؛ ج ۲، چ ۴، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
طباطبائی مؤتمنی، منوچهر؛ حقوق *اداری*؛ ج ۲، تهران: ۱۳۵۴.
عراقی، عزت‌الله؛ حقوق *کار*؛ ج ۱، تهران: ۱۳۵۶.
علی‌آبادی، عبدالحسین؛ حقوق *جنائی*؛ ج ۱، تهران.
عمید، موسی؛ هبه و وصیت در حقوق *مدنی ایران*؛ ۱۳۴۲.
قاسم‌زاده، سیّد مرتضی؛ *اصول قراردادها و تعهدات*؛ نشر دادگستر، چ ۹، ۱۳۸۷.
______؛ *امور حسبی، غایب مفقودالاثر*، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۰.
______؛ «تسری اثر حکم موت فرضی بر نکاح و مشکلات ناشی از آن»، نشریه *دانشکدهٔ علوم قضایی و خدمات اداری*، س ۱، ش ۱، ۱۳۷۵.
______؛ *مبانی مسؤولیت مدنی*؛ نشر میزان، چ ۵، ۱۳۸۷.
قضائی، صمد؛ پزشکی *قانونی*؛ ج ۳، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
کاتوزیان، ناصر؛ حقوق *مدنی: ضمان قهری*؛ مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
______؛ *قواعد عمومی قراردادها*؛ ج ۲، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۶.
______؛ *مقدمه علم حقوق*؛ چ ۱۰، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸.
______؛ وصیت در حقوق *مدنی ایران*؛ چاپ کانون وکلا، ۱۳۶۹.
گارو؛ *مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا*؛ ترجمه ضیاءالدین نقابت، ج ۱، انتشارات حقوقی ابن‌سینا، [بی‌تا].
گودرزی، فرامرز؛ پزشکی *قانونی*؛ چاپ روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸.
محقق داماد، مصطفی؛ حقوق خانواده *(نکاح و انحلال آن)*؛ نشر علوم اسلامی (اندیشه‌های نو در علوم اسلامی)، ۱۳۶۵.
مرعشی، محمدحسن؛ *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*؛ نشر میزان، ۱۳۷۳.
مطهری، مرتضی؛ *ربا، بانک و بیمه*؛ انتشارات صدرا، ۱۳۶۴.
منتظری، حسینعلی؛ *رساله استفتائات*؛ قم: ۱۳۷۱.
مهرپور، حسین؛ *مجموعه نظریات شورای نگهبان*؛ ج ۳، چاپ مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
مهریزی، مهدی؛ «بلوغ دختران: کاوشی در فقه و علوم وابسته آن»، مجله حوزه؛ ۱۳۷۲.
میثاقی ممقانی، ابراهیم خلیل؛ «اسم و موقعیت قانونی آن»، مجله *کانون* وکلا؛ سال نهم، ش ۵۴، ص ۱۱۳.
نصیری، محمد؛ حقوق *بین‌الملل خصوصی*؛ ج اوّل و دوم، تهران، ۱۳۷۲.

## ب) فارسی (مجموعه‌های قانون و رویهٔ قضایی و نظرهای مشورتی)

*آراء وحدت رویه قضایی (از تاریخ ۵۸/۸/۲۸ الی ۶۳/۴/۱۲)*؛ انتشارات اداره کل آموزش دادگستری جمهوری اسلامی ایران؛ چاپ روزنامه رسمی.
*رویه قضایی*؛ احمد متین؛ قسمت حقوقی (از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۵).
قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، *روزنامهٔ رسمی*، ۱۳۷۸.
قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹.
قانون امور حسبی، مصوب ۱۳۱۹.
قانون کار، مصوب ۱۳۶۹.
قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰.
قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷ـ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ با اصلاحات ۱۳۷۰.
قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹.
قانون واگذاری قیمومت محجوران تحت پوشش سازمان بهزیستی کشور به سازمان مذکور تا زمان تعیین قیم، مصوب ۲۹ تیرماه ۱۳۷۶.
مجموعه *آراء وحدت رویه*، فرج‌الله قربانی، جلد حقوقی، (۱۳۷۱ـ۱۳۲۸).
*مجموعه‌ای از قوانین آیین‌نامه‌ها، دستورالعملها و رویه‌های سجلی*؛ دفتر امور حقوقی، حوزه معاونت حقوقی و سجلی سازمان ثبت احوال، ج ۱، ۱۳۶۹.
مجموعه *پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی*؛ ج ۱، ۱۳۶۲.
مجموعه *رویه قضایی* (آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور از ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲)؛ آرشیو کیهان، ج ۲.
مجموعه *قوانین*؛ چاپ روزنامه رسمی، سالهای ۱۳۶۴، ۱۳۶۷ و ۱۳۷۳.

## ج) عربی (فقه امامیه)

آل کاشف الغطاء، محمدحسین؛ *تحریرالمجلة*؛ ج ۳، قم: ۱۳۶۱ هـ. ق.
اردبیلی، مقدس؛ *زبدة البیان فی احکام القرآن*؛ تلخیص و ترجمه جعفر سجادی، مؤسسه مطبوعاتی عطائی، ۱۳۶۲.
انصاری، شیخ مرتضی، *فرائدالاصول (رسائل)*؛ ج ۲، با تحقیق و تعلیق عبدالله نورانی، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم: [بی‌تا].
البجنوردی، السید میرزا حسن؛ *القواعد الفقهیة*؛ ج ۳، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، [بی‌تا].
بحرانی، شیخ یوسف؛ *الحدائق الناضرة فی‌احکام العترة الطاهرة*؛ با تحقیق و تعلیق شیخ علی آخوندی؛ ج ۲۰، دارالکتب الاسلامیه، قم.
الحسینی الروحانی، السید محمد صادق؛ *فقه الصادق فی شرح التبصرة*؛ ج ۱۶، چاپ قم.
الحلی، ابی‌جعفربن منصور بن ادریس (معروف به ابن ادریس)؛ *کتاب السرائر*؛ ج ۳، مؤسسه

انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ هـ. ق.
الحلی، ابی‌طالب محمدبن الحسن بن یوسف بن المطهر (معروف به فخر المحققین)؛ *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*؛ ج ۲، مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان، ۱۳۶۳.
خوانساری، سیداحمد؛ *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*؛ چ ۲، ج ۶، مکتبةالصدوق، قم: ۱۴۰۵ هـ. ق.
شهید ثانی، زین‌الدین علی‌بن احمد؛ *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (شرح لمعه)*؛ ۲ ج، چاپ عبدالرحیم و چاپ افست، اسلامیه، ۱۳۸۴.
ـــــــــ؛ *مسالک الافهام*؛ ج ۲، چاپ سنگی، بدون شماره صفحه، ۱۳۸۲ هـ. ق.
شیخ طوسی، ابی‌جعفر محمدبن الحسن بن علی؛ *الخلاف*؛ سه جلد در یک مجلد، قم: انتشارات آیةالله سید طاهر کاظمینی بروجردی، [بی تا].
طباطبائی حکیم، سیدمحسن؛ *منهاج الصالحین*؛ چ ۹، ج ۲، نجف: ۱۳۸۷ هـ. ق.
طباطبائی، سید علی؛ *ریاض المسائل*، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم؛ *عروة الوثقی*؛ ج ۲، ملحقات، چاپ تهران، ۱۳۷۷ هـ. ق.
عزالدین، موسی (علامه)؛ *الاسلام و قضایا الساعة*؛ بیروت: ۱۳۸۶ هـ. ق.
غروی اصفهانی، شیخ محمدحسین (معروف به کمپانی)؛ *حاشیه مکاسب*؛ ج ۲، ۱۳۴۸ هـ. ق.
قمی، میرزا ابوالقاسم بن‌الحسن الجیلانی (معروف به میرزای قمی)؛ *جامع الشّتات*؛ ج ۲، با تصحیح مرتضی رضوی، سازمان انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
ـــــــــ؛ *غنائم الایام*؛ چاپ سنگی، تهران: [بی تا].
الکرکی، علی‌بن الحسین (معروف به محقق ثانی)؛ *جامع‌المقاصد فی شرح القواعد*؛ ج ۱، بیروت: ۱۴۱۱ هـ. ق.
مامقانی، عبدالله؛ *مناهج المتقین*؛ چاپ سنگی.
المحقق الحلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفربن الحسن؛ *شرائع‌الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*؛ ۴ ج، نجف: ۱۳۸۹ هـ. ق.
المراغی الحسینی، عبدالفتاح بن علی (معروف به میرفتاح)؛ *عناوین*؛ چاپ سنگی، ۱۲۹۷ هـ. ق.
المظفر، محمدرضا؛ *اصول الفقه*؛ چهار جلد در دو مجلد، چ ۲، ج ۴، نجف: ۱۳۸۶ هـ. ق.
مغنیة، محمدجواد؛ *الفقه علی المذاهب الخمسة*؛ چ ۷، بیروت: ینایر، ۱۴۰۲ هـ. ق.
الموسوی الخمینی، روح‌الله (امام)؛ *تحریر الوسیلة*؛ ج ۲.
موسوی خوئی، سید ابوالقاسم؛ *مبانی تکملة المنهاج*؛ ج ۱ و ۲، نجف.
ـــــــــ؛ *مصباح الفقاهة*؛ ج ۳، نجف: ۱۳۸۲ هـ. ق.
نائینی، میرزا محمدحسین الغروی؛ *منیةالطالب*؛ تقریرات به قلم شیخ موسی نجفی، ج ۲، قم: ۱۳۷۶.
النجفی، الشیخ محمدحسن؛ *جواهرالکلام فی شرح شرائع‌الاسلام*؛ با تحقیق و تعلیق و تصحیح

محمود القوچانی، چ ۷، ج ۲۶، ۲۸، ۳۹ و ۴۱، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت: [بی‌تا].
نراقی، احمد؛ *عوائد الایام*؛ چاپ سنگی، ۱۳۲۱ هـ. ق. ، انتشارات بصیرتی، قم: ۱۴۰۸ هـ. ق.
یزدی، محمدکاظم، *سؤال و جواب*؛ به اهتمام سیّدمصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

## د) عربی (کتابهای حقوقی و فقه عامه)

ابوالسعود، رمضان؛ *مصادر الالتزام فی‌القانون المصری و اللبنانی*؛ الدار الجامعیة، ۱۹۹۰.
بحرالعلوم، محمد؛ *عیوب الارادة فی‌الشریعة الاسلامیة*؛ بیروت: ۱۴۰۰ هـ. ق.
توفیق، حسن فرج؛ *احکام الاحوال الشخصیة لغیر المسلمین من المصریین*؛ چ ۳، اسکندریة: ۱۹۶۹.
جامعة الامارات العربیة المتحدة، کلیة الشریعة و القانون، شماره دوم؛ *مجلة الشریعة والقانون*؛ ۱۴۰۸ هـ. ق.
الجزیری، عبدالرحمن؛ *الفقه علی المذاهب الاربعة*؛ چ ۷، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ. ق.
الحسینی، عبداللطیف؛ *المسؤولیة المدنیة عن الاخطاء المهنیة*؛ الشرکة العالمیة للکتاب، بیروت: ۱۹۷۸.
الحکیم، عبدالمجید؛ *الموجز فی شرح القانون المدنی*؛ چ ۲، ج ۱، مصادر الالتزام مع‌المقارنة بالفقه الاسلامی، بغداد: ۱۳۸۳ هـ. ق.
حیدر، علی؛ *دررالحکّام*: شرح *مجلة الاحکام*؛ دارالکتب العلمیة؛ بیروت: [بی‌تا].
رستم باز اللبنانی، سلیم؛ شرح *المجلة*؛ چ ۳، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۰۵ هـ. ق.
الزحیلی، وهبة؛ *العقود المسماة فی قانون المعاملات المدنیة الاماراتی و القانون المدنی الاردنی*؛ دارالفکر، دمشق: ۱۴۰۷ هـ. ق.
الزرقاء، مصطفی احمد؛ *الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*؛ ج ۲، المدخل الفقهی العام، دمشق: ۱۹۶۳.
السنهوری، عبدالرزاق احمد؛ *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*: *نظریة الالتزام بوجه عام؛ مصادر الالتزام*؛ قاهره: ۱۹۵۲.
سوار، محمد وحیدالدین؛ شرح *القانون المدنی*: *النظریة العامه للالتزام*؛ ج ۱ و ۲ (در یک مجلد)، دمشق: ۱۳۹۸ هـ. ق.
الشرتونی اللبنانی، سعید بن عبدالله خوری؛ *اقرب الموارد*؛ منشورات مکتبة آیةالله العظمی المرعشی النجفی، قم: ۱۴۰۳ هـ. ق.
شلبی، محمدمصطفی؛ *احکام الاسرة فی الاسلام: دراسة مقارنة بین فقه المذاهب السنیة والمذهب الجعفری والقانون*؛ چ ۲، بیروت: ۱۳۹۷ هـ. ق.
عاید الدیات، سمیره؛ عملیات *نقل وزرع الاعضاء البشریة بین الشرع والقانون* (رسالة دکتوراة)، عمان، مکتبة دارالثقافة للنشر والتوزیع، ۱۹۹۹.

عبدالدائم، احمد؛ *اعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانون*؛ (رسالة... دكتوراة فى‌الحقوق)، جامعة روبيرشومان فى استراسبورغ، كليةالحقوق و العلوم السياسية والادارة، بيروت، منشورات الحلبى الحقوقية، ۱۹۹۹.

الفاروقی، حارث سلیمان؛ *المعجم القانونی*؛ ج ۲، بیروت: ۱۹۹۱.

المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية؛ *موسوعة الفقه الاسلامى المعروفة بموسوعة جمال عبدالناصر الفقهية*؛ ج ۴، ۷ و ۲۰، قاهره: ۱۳۹۱: ۱۳۹۱ هـ. ق.

المحمدی، علی‌محمد یوسف؛ *احکام النسب فى الشريعة الاسلامية (طرق اثباته و نفيه)*؛ دارالقطری بن الفجاءة، قطر: ۱۴۱۴ هـ. ق.

محمصانی، صبحی؛ *المبادئ الشرعية والقانونية فى الحجر و النفقات و المواريث و الوصية فى المذهب الحنفى و التشريع اللبنانى*؛ ج ۲، بیروت: ۱۹۵۹.

النقیب، عاطف؛ *النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصى*؛ بیروت، پاریس: ۱۹۸۳.

## هـ) فرانسه و انگلیسی

Ashford, Mark; Chard, Alex and Redhouse, Naomi; *Defending Young People*, Third Edition, London, LAG, 2006.

Bainham, Andrew; *Children, The Modern Law,* Bristol, Family Law, 2005.

*Black's Law Dictionary.*

Camerlynck, G. H. et G. Lyon Caen; *Droit du travail* 5e édit., Paris: Précis Dalloz, 1963.

Carbinnier, J.; *Droit civil* ; T. L. , Paris: 1974.

Dalloz; *Code civil* (francais); 1991-1992.

Houin, M.R.; *Revue trimestrielle de droit civil*; 1947.

Marty, G. et P. Raynaud; *Droit civil*; 3e ed., les personnes, Paris: 1976.

Mazeaud, H. L. J.; *Leçons de droit civil*; T. I, Paris: 1967.

Morse, Geoffrey, Charles Worth and Morse; *Company Law*; London, Sweet and Maxwell:1991.

Planiol, M. and G. Ripert; *Treatise on The Civil Law*; Vol. 1, part 1, 12th edition, Translated by the Louisiana, State Law Institute.

Ripert, G. et J. Boulanger; *Traité de droit civil*; T. I, Paris: 1956.

Safai, H.; *La Protection des incapables*, Paris: Dalloz, 1965.

Tuor, P.; *Le code civil suisse*, Zurich, 1950, p. 86.

Weill, A.; *Droit civil*; T. I, personnes, 4e éd., Paris: Précis Dalloz, 1978.

# فهرست تفصیلی مطالب

# فهرست موضوعی

## (برحسب شماره مطلب)

# فهرست اهمّ قوانین مورد استناد

## (برحسب شماره مطلب)